

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA

Clause de la Nation la plus favorisée

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 26 janvier 1914, à 3 heures

PAR

François HEPP

Président : M. PILLET, *professeur*
Suffragants { MM. BARTIN, *professeur*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *professeur*

PARIS

JURIS-CLASSEURS

18, RUE SÉGUIER, 18

1914

*Thèse
Paris
1914*

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

65061

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA

Clause de la Nation la plus favorisée

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 26 janvier 1914, à 3 heures

PAR

François HEPP



Président : M. PILLET, *professeur*
Suffragants { MM. BARTIN, *professeur*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *professeur*

PARIS

JURIS - CLASSEURS

18, RUE SÉGUIER, 18

1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVERTISSEMENT.....	9
DÉFINITION. — TERMINOLOGIE. — GÉNÉRALITÉS ET DIVISION.....	11
§ 1. — Mécanisme du traitement de la nation la plus favorisée.....	12
§ 2. — Éléments essentiels.....	13
A. — <i>Formes diverses de la stipulation du traitement favorisé</i>	14
B. — <i>Formes diverses de la concession d'une faveur par le pays concédant au pays favorisé</i>	26
§ 3. — Division.....	27
CHAPITRE PREMIER. — Historique.....	29
CHAPITRE II. — Caractère juridique de la stipulation du traitement de la nation la plus favorisée.....	59
CHAPITRE III. — Application du traitement de la nation la plus favorisée.....	63
§ 1. — Appréciation de la rupture de l'équilibre considéré.....	64
A. — <i>Existence et réalité du traitement favorisé</i>	65
B. — <i>Portée exacte de l'équilibre garanti</i>	66
C. — <i>Considération de la rupture de l'équilibre</i>	73

§ 2. — Existence et valeur du <i>modus vivendi</i>	76
a) Existence entière du traité invoqué.....	76
b) Respect de la réciprocité.....	77
§ 3. — Obligations du concédant.....	79
CHAPITRE IV. — Effets de la clause en matière privée.....	83
Section I. — Théorie générale.....	84
§ 1. — Valeur des formes diverses de la clause de la nation la plus favorisée.....	86
A. — Forme générale.....	86
B. — Forme spécialisée.....	87
§ 2. — Interprétation du traité.....	95
A. — En ce qui concerne la détermination de l'exacte portée de la stipulation.....	97
B. — En ce qui concerne son effet sur la solu- tion du litige.....	99
Section II. — Analyse critique de la doctrine et de la jurisprudence.....	101
I. — Jouissance de droits.....	103
1° Sociétés commerciales.....	108
2° Hypothèque légale de la femme mariée....	113
3° Libre accès des tribunaux.....	117
II. — Conflits de lois.....	118
III. — Compétence et exécution des jugements....	123
1° Attribution de compétence.....	123
2° Compétence consulaire.....	128
3° Cautio judicatum solvi.....	130
IV. — Protection de la propriété artistique et litté- raire.....	133
V. — Matières pénales.....	134
Répertoire chronologique de la jurisprudence citée...	137
Bibliographie.....	139
Index alphabétique.....	143

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

A. C. Ext. : Annales du Commerce extérieur.

D. : Dalloz périodique.

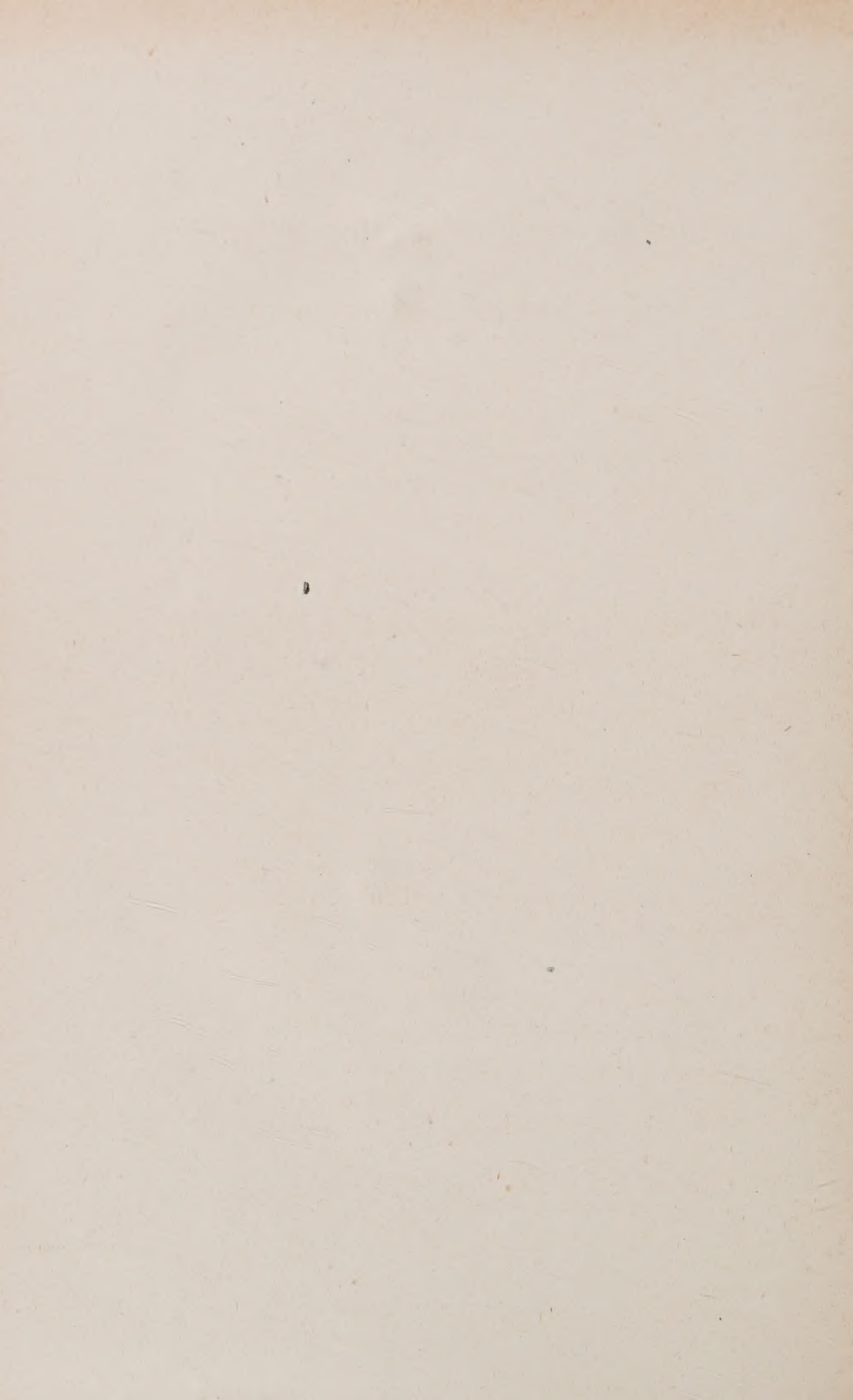
Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Gaz. Trib. : Gazette des Tribunaux.

Pand. : Pandectes françaises.

R. D. I. Pr. : Revue du Droit International privé et pénal
international.

S. : *Sirey* Recueil.



THÉORIE GÉNÉRALE
DE LA
Clause de la Nation la plus favorisée
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

AVERTISSEMENT

Il n'est pas inutile d'expliquer en quelques mots l'esprit dans lequel a été conçue la présente étude.

Au moment d'aborder la question des effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière privée, nous avons été tout d'abord arrêté par une difficulté capitale, car il n'existe aucune donnée précise sur le caractère exact de cette stipulation.

Il était cependant nécessaire pour l'appliquer de bien la connaître et c'est à quoi, premièrement, nous avons dû nous attacher.

Or la clause de la nation la plus favorisée est une clause des traités de droit public qui a généralement le régime économique pour objet, et c'est pourquoi nous avons dû nécessairement ouvrir cette étude de droit privé par la solution de divers pro-

blèmes qui, considérés en eux-mêmes, ont pour objet l'histoire économique et le droit public.

Nous avons réduit ici l'étude de ces problèmes préliminaires au strict exposé des conclusions auxquelles un travail plus étendu nous avait mené et sans lesquelles la théorie que nous nous proposons de construire eût manqué de bases.

Encore est-il que plusieurs de ces conclusions nous sont personnelles et contredisent parfois des opinions reçues. Force nous a donc été d'indiquer brièvement les faits sur lesquels elles s'appuient et les raisonnements par le moyen desquels nous les en avons tirées.

Aussi bien, ayant expérimenté l'extrême complexité de notre sujet, nous sommes-nous contenté de chercher à l'analyser pour l'organiser. C'est pourquoi l'on ne trouvera guère dans cette étude que des solutions de principe, et la critique à la lumière des principes ainsi posés des quelques solutions d'espèces que nous avons rencontrées dans les divers recueils de jurisprudence.

DÉFINITION. — TERMINOLOGIE GÉNÉRALITÉS ET DIVISION

Il importe avant tout de bien définir l'objet de notre étude et de déterminer exactement ce qu'est aujourd'hui le traitement de la nation la plus favorisée.

Pour cela nous nous contenterons tout d'abord de transcrire deux définitions élémentaires tirées, l'une d'un ouvrage de droit international et l'autre d'un manuel d'économie politique. Voici la première ;

Les traités de commerce et de navigation contiennent d'ordinaire une clause par laquelle les parties contractantes se confèrent mutuellement le régime de la nation la plus favorisée, c'est-à-dire la participation aux avantages plus considérables qu'elles ont déjà où qu'elles viendraient par la suite à accorder à une tierce puissance (1).

Quant à la seconde, nous la trouvons dans un

1. Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 4^e édit., Paris, 1888, IV, 1597.

chapitre relatif aux traités de commerce où l'on parle accessoirement de :

... La clause de la nation la plus favorisée qu'il est d'usage d'insérer dans tous les traités et en vertu de laquelle chaque signataire du traité se fait reconnaître le droit de profiter des abaissements de tarif et de tous les avantages commerciaux que l'autre État pourrait, dans la suite, accorder à un autre étranger (1).

Nous ne donnons pas ces définitions comme complètes et suffisamment explicites, mais leur caractère de simplicité permet de bien saisir dès l'abord le sens actuel de la stipulation du traitement de la nation la plus favorisée.

§ 1. — MÉCANISME DU TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Si nous analysons ces définitions, nous verrons que ce traitement met en jeu trois États distincts : les deux États signataires du traité dans lequel il est stipulé et un État indéterminé qui n'est pas partie au traité et qui ne jouera de rôle dans les rapports entre les parties contractantes qu'à raison des avantages spéciaux que l'une d'elles viendrait à lui concéder. La stipulation joue, en effet, aussitôt qu'une des deux puissances contractantes concède à cette tierce

1. Gide, *Principes d'économie politique*, 10^e édit. p. 329.

puissance un avantage supérieur à ceux qu'elle a accordés sur le même point à sa co-contractante. Celle-ci, dès lors, intervient en invoquant le traité et demande communication dudit avantage quand bien même il a été concédé par un traité auquel elle est restée totalement étrangère.

Il y a lieu, par conséquent, de distinguer le rôle de chacune de ces puissances, et, pour la commodité des raisonnements ultérieurs, nous appellerons la tierce puissance : *pays favorisé*, tandis que, des deux puissances liées par la clause de la nation la plus favorisée, nous appellerons *pays concédant* celle qui vient d'accorder au pays favorisé quelque nouvel avantage, et *pays assuré* celle qui en réclame communication en vertu de ladite clause.

§ 2. — ÉLÉMENTS ESSENTIELS

Si le traitement de la nation la plus favorisée met en jeu trois puissances distinctes, deux éléments essentiels sont nécessaires à son existence et à son application.

1° L'existence d'une clause stipulant ce traitement, que nous appellerons la *stipulation invoquée*.

2° La concession à une nation tierce d'une faveur supérieure à celles accordées jusque-là par le pays

concedant au pays assuré, et que nous appellerons *la faveur à étendre*.

Nous allons étudier les diverses formes sous lesquelles ces éléments se présentent dans les traités modernes.

A. — *Formes diverses de la stipulation du traitement favorisé*

Le régime du traitement favorisé peut être établi par divers actes :

— Par un acte administratif comme un décret ou législatif tel que la loi du 20 février 1891 (1) :

A partir de la promulgation de la présente loi et jusqu'au premier février 1892, les sujets, les navires et les marchandises de la Grèce jouiront en France, sous condition de réciprocité, du traitement de la nation la plus favorisée, tant pour l'importation, l'exportation, le transit et, en général, pour ce qui concerne les opérations commerciales que pour l'exercice du commerce et de l'industrie, le paiement des taxes et autres impôts, la protection de la propriété industrielle.

— Par un acte diplomatique tel qu'une déclaration :

A toutes fins utiles, il est rendu public que, le 29 juillet 1910, s'est opéré à Washington un échange de notes entre la légation de Portugal et le Secrétariat d'État des Affaires étrangères des États-Unis d'Amérique par lequel les deux gou-

1. De Clercq XIX 49. — Pour l'établissement par décret Cf. *la Politische correspondenz bulgare*, du 16 janv. 1906.

vernements se concèdent réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée pour l'importation des produits des deux pays contractants dans leurs territoires respectifs. A cet effet, les produits des États-Unis de l'Amérique du Nord continueront à être dédouanés dans les douanes portugaises suivant les conditions accordées aux produits des pays avec lesquels le Portugal possède des accords commerciaux à l'exception de l'Espagne (1).

Remarquons d'ailleurs que le traitement favorisé n'est ainsi établi par décret, loi, ou déclaration diplomatique que d'une façon toute provisoire et en attendant la conclusion d'un traité définitif. Le passage suivant de la déclaration du Portugal et de la Bulgarie, du 4 juin 1910, le dit d'ailleurs expressément :

Le soussigné, envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de S. M. le Roi de Portugal... a l'honneur de déclarer à S. E. l'envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de S. M. le Roi des Bulgares .. *qu'en attendant la conclusion d'une convention de commerce et de navigation entre le Portugal et la Bulgarie*, les sujets, les marchandises et les navires bulgares seront soumis, en Portugal, au même traitement que ceux des pays les plus favorisés...

— Par un traité proprement dit, soit que :

a) La stipulation se présente comme clause accessoire d'un traité plus général ; soit que :

1. Déclaration du 5 août 1910. (*Annales du Commerce extérieur* 1910). (*Législ. comm.*, n° 351)

b) La stipulation du traitement favorisé fasse l'objet sinon unique, du moins principal du traité.

Le premier cas est le plus fréquent dans le passé et durant la majeure partie du xix^e siècle. Par exemple, nous trouvons notre clause sous l'article 19 du grand traité de commerce franco-anglais, du 23 janvier 1860 :

Art. 19. — Chacune des deux H. P. C. s'engage à faire profiter l'autre puissance de toute faveur, de tout privilège ou abaissement dans les tarifs, des droits à l'importation des articles mentionnés dans le présent traité que l'une d'elles pourrait accorder à une tierce puissance. Elles s'engagent en outre à ne prononcer l'une envers l'autre aucune prohibition d'importation ou d'exportation qui ne soit en même temps applicable aux autres nations (1).

Mais le second cas apparaît à la fin du xix^e siècle et se rencontre très fréquemment dans les premières années du xx^e. Citons entre autres, les traités de la France avec l'Autriche (7 nov. 1881). L'Équateur (30 mai 1898); le Nicaragua (27 janv. 1902); le Honduras (11 février 1902); le Vénézuéla (23 août 1903) (2).

Et à l'étranger, les traités conclus récemment entre :

1. De Clercq, t. VIII, 7.

2. De Clercq, t. XIII, 188. — A. C. Ext., 1904. *Traité des conventions*, n° 12. — De Clercq, t. XXII, 61. — *Ibid.*, 65. — A. C. Ext., 1904, 1^{er} 2^o 3^e fasc.

Les Pays-Bas et le Monténégro, 25 novembre-décembre 1908 (1) ;

La Belgique et le Honduras, 25 mars 1909 (2) ;

Le Mexique et la Russie, 19 octobre 1909 (3) ;

Le Monténégro et la Russie, 7 février 1910 (4) ;

La Roumanie et la Suède, 18 février/3 mars 1910 (5) ;

Le Danemarck et la Roumanie, 25 mars/11 avril 1910 (6) ;

Nous reproduisons ici, à titre d'exemple, l'essentiel de la convention des 18 février/3 mars 1910 entre la Roumanie et la Suède.

ARTICLE PREMIER. — Il y aura pleine et entière liberté de commerce et de navigation entre les États contractants.

Les ressortissants de l'un des deux États contractants établis dans l'autre ou y résidant temporairement y jouiront relativement à l'exercice du commerce et de l'industrie des mêmes droits, et n'y seront soumis à aucune imposition plus élevée ou autre que les nationaux. Ils bénéficieront sous tous ces rapports dans le territoire de l'autre État des mêmes droits, avantages, immunités et exemptions que les ressortissants du pays le plus favorisé...

ART. 2. — Tous les objets, produits du sol ou de l'industrie de la Roumanie qui seront importés en Suède, et tous les objets, produits du sol ou de l'industrie de la Suède qui

1. A. C. Ext., 1910. *Législation commerciale*, n° 340.

2. *Ibid.*, n° 339.

3. *Ibid.*, 10^e fasc.

4. *Ibid.*, *Législation commerciale*, n° 342.

5. *Ibid.* *Législation commerciale*, n° 343.

6. *Ibid.* *Législation commerciale*, n° 344.

serant importés en Roumanie, destinés soit à la consommation soit à la mise en entrepôt, soit à la réexportation, soit au transit, seront soumis, pendant la durée de la présente convention, au traitement accordé à la nation la plus favorisée.

A l'exportation pour la Roumanie il ne sera perçu en Suède, et à l'exportation pour la Suède il ne sera perçu en Roumanie de droits de sortie autres ni plus élevés qu'à l'exportation des mêmes objets pour le pays le plus favorisé à cet égard.

Chacune des parties contractantes s'engage donc à faire profiter l'autre immédiatement de tous avantages ou abaissement de droits qu'elle a déjà accordés ou pourrait accorder par la suite, sous les rapports mentionnés à un autre État.

ART. 3 (*Réglementation des certificats d'origine*).

ART. 4. — Les parties contractantes s'engagent à n'entraver nullement le commerce réciproque des deux pays par des prohibitions à l'importation, à l'exportation ou au transit, sauf :

(*Suit l'énumération des cas*)

1° *Dans des circonstances exceptionnelles en matière de provisions de guerre ;*

2° *Pour la sûreté intérieure de l'État ;*

3° *Par mesure de police sanitaire ;*

4° *Si les mêmes mesures sont étendues aux marchandises étrangères similaires ;*

5° *Pour les marchandises qui sont l'objet d'un monopole d'état.*

ART. 5 (*Stipulation du traitement favorisé pour les navires*).

ART. 6. — Les stipulations de la présente convention ne s'appliquent pas aux avantages qui sont ou pourraient être accordés par l'une des H. P. C. à des États limitrophes pour

faciliter le trafic de frontière, autant que ces mêmes avantages ne seront pas étendus à d'autres États.

ART. 7 (*Réglementation des ratifications*).

PROTOCOLE FINAL

Au moment de procéder à la signature de la convention de commerce conclue à ce jour entre la Roumanie et la Suède, les plénipotentiaires soussignés ont déclaré d'un commun accord que les stipulations de la présente convention ne s'appliquent pas aux concessions spéciales accordées ou qui seraient accordées par la Suède aux ressortissants norvégiens, aux sociétés commerciales, industrielles et financières ainsi qu'aux marchandises norvégiennes, autant que ces concessions ne seront pas accordées aux ressortissants, aux sociétés ou aux marchandises d'un autre État.

Cette déclaration formera partie intégrante de la convention même.

*
* *
*

Quel que soit l'acte par lequel il est établi, le traitement de la nation la plus favorisée peut être stipulé sous diverses formes que nous allons maintenant passer en revue.

a) Tout d'abord la stipulation peut varier dans son *expression*: on la rencontre tantôt sous une forme positive qui est la forme courante, dont on trouvera l'exemple dans les clauses ci-dessus citées, et tantôt, mais rarement, sous une forme négative

que certains appellent clause de la nation « la moins défavorisée » (1).

Elle sert le plus souvent à renforcer la stipulation de forme positive et à expliquer plus précisément les devoirs des parties en stipulant, à côté de leurs obligations positives, leurs obligations négatives. Par exemple dans le traité conclu le 24 mars entre le Mexique et le Honduras (2) :

Art. 13 (al. 2). — De même nulle des P. C. n'exigera à l'exportation des effets de commerce pour l'autre partie des droits autres ou plus élevés que ceux acquittés actuellement ou à l'avenir à l'exportation des objets similaires pour tout autre pays ; il ne sera fait par l'une des parties, à l'importation, à l'exportation ou au transit aucune prohibition qui ne soit en même temps étendue à toutes les nations, sauf par mesure sanitaire ou pour empêcher la propagation d'épizootie, ou la perte des récoltes, ou enfin, en cas de guerre.

Mais parfois aussi elle se présente seule comme dans le traité conclu en 1832 entre le Chili et les États-Unis d'Amérique (3) :

Les H. P. C. s'obligent à n'accorder aux sujets ou citoyens d'aucune autre puissance en matière de commerce ou de navigation aucune faveur ou immunité sans les étendre en même temps au commerce et à la navigation de l'autre pays, gratuitement si la concession a été gratuite et en offrant les

1. Farra, *les Effets de la clause de la nation la plus favorisée et la spécialisation des tarifs douaniers*, Thèse de Paris, 1910, p. 56.

2. A. C. Ext. 1910, *Leg. Com.*, n° 355.

3. Ap., Farra, *op. cit.*, p. 56.

mêmes compensations si la concession a été faite conditionnellement.

b) La stipulation se présente aussi sous deux formes différentes, à raison de *l'effet qu'elle doit produire entre les parties*. Elle est tantôt unilatérale et tantôt réciproque. La première de ces formes est rare de nos jours. On ne la rencontre guère que dans les traités conclus par les nations de civilisation chrétienne avec les pays de civilisation inférieure. Par exemple l'article 27 du traité franco-chinois du 27 juin 1858 (1) :

ART. 27, al. dernier. — A l'égard du tarif aussi bien que pour toute stipulation introduite ou à introduire dans les traités existants ou qui seraient ultérieurement conclus, il demeure bien et dûment établi que les négociants et en général tous les citoyens français en Chine auront droit toujours et partout au traitement de la nation la plus favorisée.

De même l'article premier du traité franco-turc du 29 avril 1861 (2).

La forme la plus fréquente est la forme réciproque par laquelle les parties contractantes s'assurent mutuellement du traitement sur le pied de la nation la plus favorisée. On en trouvera des exemples dans les clauses que nous reproduisons ci-dessus. Elle est caractérisée par diverses locutions : « Les deux H.P.C.

1. De Clercq, VII, 423.

2. *Id.*, VIII, 222.

F. Hepp

se traiteront réciproquement sur le pied de la nation la plus favorisée » ; — « les ressortissants de l'un des deux États contractants » ; — « toute faveur que l'une des P. C. », etc.

c) La stipulation du traitement favorisé affecte encore deux formes différentes relativement à l'application du traitement favorisé. Tantôt, en effet, la communication des avantages accordés au pays favorisé est assurée gratuitement au co-contractant, et tantôt au contraire moyennant une certaine réciprocité. La seconde de ces formes couramment appelée forme conditionnelle, mais que nous appellerons la forme *onéreuse*, est la plus rare. Elle est presque exclusivement employée par certains pays au premier rang desquels se placent les États-Unis d'Amérique qui, d'ailleurs, en ont été les inventeurs et les protagonistes. En voici un exemple pris dans le traité conclu en 1778 par les États-Unis et la France (1) :

ART. 2. — Le Roi Très-Chrétien et les États-Unis s'engagent mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations en fait de commerce et de navigation qui ne devienne aussitôt commune à l'autre partie, et celle-ci jouira de cette faveur gratuitement si la concession est gratuite ou en accordant la même compensation si la concession est conditionnelle.

La forme ordinaire en Europe, du moins à l'heure.

1. Martens, *Recueil*, 2^e édit., II, 587.

actuelle, est la forme *gratuite* qui est à peu près la seule employée. On en trouvera maint exemple ci-dessus, mais son caractère se trouve bien expliqué dans la phrase finale de l'article 6 du traité conclu les 29 janvier/16 juillet 1904 entre la Russie et l'Allemagne (2).

Epecially any favor and facility, any immunity and any reduction of the customs dues contained in the German tariff or in the treaty tariffs wick one of the contracting parties may give to a third power permanently or temporarily, *gratuitously or for compensation*, will immediately and *without conditions reservations, or compensation* be extended to the products of the soil and industry of other.

d) Enfin, *considérée dans son objet*, la stipulation peut se présenter sous trois formes différentes : une forme générale, une forme spécialisée, une forme déterminée.

— Elle est *générale* quand son domaine d'application n'est limité expressément par aucun des termes de la stipulation. Cela est extrêmement rare et l'exemple que nous en donnons plus bas est à peu près unique. Encore est-il bon de remarquer qu'il ne s'agit que d'un échange de notes diplomatiques destiné à établir un régime tout provisoire.

Le soussigné, envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de S. M. le Roi de Portugal et des Algarves à Vienne

1. Cité en anglais par Stanley K. Hornbeck, *American Journal of international Law*, 1909, p. 416.

a l'honneur de déclarer à S. E. l'envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de S. M. le Roi des Bulgares en cette ville, qu'en attendant la conclusion d'une convention de commerce et de navigation entre le Portugal et la Bulgarie, les sujets, les marchandises et les navires bulgares seront soumis, en Portugal, au même traitement que ceux des pays les plus favorisés, à la condition que les sujets, les marchands et les navires portugais soient également traités en Bulgarie comme ceux des pays les plus favorisés...

Cette note fut⁷ répondue par le plénipotentiaire bulgare d'une note accusant réception et prenant acte de la proposition à laquelle il déclarait adhérer en promettant la réciprocité (1).

— Elle est *spécialisée* lorsqu'elle établit d'une façon générale le traitement sur le pied de la nation favorisée pour « tout ce qui concerne » un ordre de choses déterminé. Elle est grammaticalement caractérisée par les locutions : « en matière de » « relativement à » « sous le rapport de ... » « les H. P. C. s'engagent à adopter comme base de leurs relations commerciales... », etc... et, d'une façon plus générale, elle est caractérisée logiquement par la généralité de la stipulation dont le domaine d'application n'est limité que *in genere*.

C'est la forme la plus courante. En voici quelques exemples :

1. A. C. Extr., 1910. *Législation commerciale*, n° 347.

États-Unis-Japon, 22 novembre 1894 (1) :

ART. 14. — Les H. P. C. conviennent qu'en tout ce qui concerne le commerce et la navigation, tout privilège, faveur ou immunité que l'une des deux parties contractantes accorde actuellement, on accordera par la suite au gouvernement, aux navires ou aux sujets d'un autre État, sera immédiatement et sans condition étendu au gouvernement, aux navires et aux sujets de l'autre partie, leur intention étant que, dans tout ce qui a rapport au commerce et à la navigation, chacun des pays soit à tous égards placé par l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée.

Mexique-Nicaragua, 6 novembre 1900 (2) :

ART. 6. — Les citoyens respectifs des deux H. P. C. jouiront sur le territoire de l'autre et dans les mêmes conditions de la protection accordée aux nationaux ou aux citoyens de la nation la plus favorisée en tout ce qui concerne la propriété des marques de commerce et de fabrique.

France-Vénézuéla, 23 août 1903 (3).

ART. PREMIER. — La France et le Vénézuéla se garantissent réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui touche l'établissement des nationaux ainsi qu'en matière de commerce et de navigation, tant pour l'importation, l'exportation et le transit et, en général, tout ce qui concerne les droits de douane et les opérations commerciales que pour l'exercice du commerce ou des industries ou pour le paiement des taxes qui s'y rapportent.

1. A. C. Ext., 1897, *Législation commerciale*, n° 134.

2. *Ibid.*, 1904, *Législation commerciale*, n° 193.

3. *Ibid.*, 1904, 1^{er} 2^e 3^e fascicule.

— Elle est *déterminée* enfin quand le traitement favorisé est stipulé, non pas pour tous les actes relatifs à un ordre de choses donné comme ci-dessus, mais bien pour certains actes limitativement énumérés. Comme exemple de cette forme que l'on rencontre parfois, bien que assez rarement, on peut citer le traité conclu le 11 février 1902 entre la France et le Honduras (1)

ARTICLE PREMIER. — Les denrées coloniales de consommation originaires de la République de Honduras bénéficieront à leur importation en France, en Algérie... des taxes de douane les plus réduites applicables aux produits similaires de toute origine étrangère.

et aussi l'article 19 du traité franco-anglais du 23 janvier 1860 que nous citons plus haut.

B. — *Formes diverses de la concession d'une faveur par le pays concédant au pays favorisé*

La faveur accordée au pays favorisé et dont le pays assuré demande l'extension en vertu de la clause, peut se présenter indifféremment sous n'importe qu'elle forme et résulter de n'importe quel acte (2).

1. De Clerq, XXII, 65.

2. Cf. Schraut. *System der Handelsverträge und der Meistbegünstigung*. Leipzig, 1884, p. 30 : Der Staat welchem die Meistbegünstigung zugesichert ist hat hiernach neben dem eigenem Recht auf Genuss der ihm direkt gewährten Konzessionen auch das abgeleitete Recht auf Mitgenuss der einem anderen Staat, seines in Folge eines Handelsvertrages oder auf autonomen Wege eingeräumten Vortheile.

Dès lors qu'un pays tiers quelconque, qui n'a pas été expressément exclu dans le traité du nombre des pays qu'on peut considérer comme « favorisés » reçoit de l'un des contractants une faveur quelconque, l'autre partie doit en recevoir communication, sauf le cas où le jeu de la clause se trouve, de droit ou conventionnellement suspendu.

La nature de la concession n'est à considérer que lorsque le traité invoqué comporte la clause sous sa forme onéreuse qui dit : *l'avantage sera communiqué gratuitement s'il a été gratuit et moyennant compensation s'il y a donné lieu de la part du pays favorisé*. Il y a lieu, dans ce cas, d'opérer une distinction ; mais, comme cette distinction n'a d'intérêt que pour l'application du traitement favorisé, nous nous contenterons d'en signaler ici le principe.

§ 3. — DIVISION

La détermination exacte des effets que doit produire, en matière privée, une telle clause qui, *principalement*, ressortit au droit public nous paraît étroitement subordonnée à la détermination exacte de sa portée générale et particulière.

Aussi bien sera-ce à déterminer cette portée que nous nous attacherons tout d'abord, et notre étude sur ce point se fondera sur la connaissance des ori-

gines et des vicissitudes historiques de sa stipulation et sur l'interprétation correcte des formes diverses sous lesquelles on la rencontre communément.

Pour cela, après avoir retrouvé dans l'histoire ses véritables origines et déterminé par ces origines l'exacte portée coutumière de la clause moderne — ce qui fera l'objet d'un premier chapitre — nous nous appliquerons dans un second chapitre à déterminer le caractère juridique d'une telle stipulation. Dans un troisième chapitre nous nous efforcerons de dégager les lois qui doivent régir son application. Et c'est alors que nous pourrons aborder avec sécurité l'étude des effets qu'une telle clause peut produire en droit privé.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

L'histoire de notre stipulation a fait l'objet d'études relativement nombreuses dont les conclusions à peu près identiques ont été groupées, résumées, systématisées, si l'on peut dire, par M. Cavaretta dans son ouvrage qui est un des plus récents (1). Presque tous les auteurs tombent d'accord pour trouver dans une clause des capitulations accordées par la Porte ottomane aux nations chrétiennes, l'origine lointaine, mais cependant directe, selon certains, de la clause de la nation la plus favorisée moderne.

Voici, à titre d'exemple, la clause en question telle qu'on la rencontre sous l'article 38 de la capitulation française de 1604 :

Voulons et nous plaît que tout ce qui est porté par les capitulations accordées aux Vénitiens ait lieu pour les Français (2).

1. Giuseppe Cavaretta, *la Clausola della Nazione più favorita*, in-8°. Palerme, 1906 (Reber), 2^e édit., 1911.

2. Dumont, *Corps Diplomatique*, V, II, 39.

Remontant plus haut dans le passé, M. Cavaretta a retrouvé même une clause tout à fait semblable dans une licence accordée le 8 novembre 1226 à la ville de Marseille par le comte de Savoie, agissant au nom de l'empereur. La voici :

Et quod liceat dicto communi (Massiliæ) vel illi qui præcrit dicto communi exercere jurisdictionem ordinariam et imperium merum in toto Episcopatu Massiliæ et in toto districtu civitatis Massiliæ quod nunc habet dicta civitas et Deo propitio in antea acquisierit, et quæ dabo et concedam dicto Communi Massiliæ et ejus districtus immunitatem exactio-num et tollarum et franchisesiam in toto regno Suriæ et specialiter in Archone et in toto regno Siciliæ et Apuliæ eo modo et ea forma quo sunt immunes et franchi et esse consueverunt de facto vel de jure Pisani vel Januenses (1).

Partant de ces stipulations originales, et s'appliquant à suivre l'évolution du moins complexe au plus complexe par laquelle les conventions sont arrivées à la clause moderne, M. Cavaretta résume et complète ainsi le résultat des études qui précéderent la sienne en marquant les trois stades de formation suivants :

Première période.— La clause stipule relativement à des avantages précédemment accordés à une ou à des puissances nettement déterminées.

Deuxième période.— Le pays dont les avantages

1. Dumont, I, 1, 164.

seront communiqués au bénéficiaire est indéterminé.

Troisième période. — La clause stipule la communication d'avantages futurs et indéterminés. La réciprocité apparaît.

Dès lors la clause existe et on s'en sert de plus en plus fréquemment sans d'autre modification que celle accidentelle, et d'ailleurs restreinte à certains pays, résultant de la conception dite « américaine » du traitement le plus favorisé.

Telle est dans ses grandes lignes, et sous réserve de quelques divergences d'opinion sur les détails, la doctrine historique qui se dégage des diverses études sur la clause de la nation la plus favorisée.

Nous ne l'avons pas exposée d'une façon plus complète et plus développée parce qu'elle nous paraît critiquable, et critiquable plus encore dans la méthode sur laquelle elle est fondée que dans les points de détail sur lesquels elle nous apporte des éclaircissements fort utiles.

Ce qui nous semble avant tout reprochable dans ces conclusions historiques, c'est leur parfaite indifférence au point de vue des conclusions pratiques que nous recherchons. En effet, c'est un travail d'érudition pure qui semble avoir retenu l'attention de la plupart des auteurs. Ils paraissent avoir eu pour but unique de dresser un catalogue des stipulations qui,

dans le passé, ont présenté quelque parenté, voire quelque affinité, si lointaines soient-elles, avec notre stipulation et ne considérer entre elles, dans une succession de clauses, allant de la moins complexe à la plus complexe, qu'un lien d'ordre purement chronologique, ce qui implique, remarquons-le, une théorie d'après laquelle il y aurait eu des capitulations aux traités de commerce moderne, une suite de perfectionnements ininterrompus dont notre stipulation actuelle serait le terme.

En voyant dans ce « progrès » la raison du développement des stipulations commerciales et de l'apparition de la clause de la nation la plus favorisée, telle qu'on la pratique de nos jours, ces auteurs se sont crus dispensés de la part de critique historique que nous estimons au contraire la plus importante : le discernement du caractère logique et de la portée juridique des diverses stipulations qu'ils ont rencontrées dans leurs savantes recherches, et la détermination de leur « cause naturelle ».

Par là même, ils se sont abstenus de porter un jugement sur le lien logique qui unit les unes aux autres, à travers l'histoire, les clauses diverses qu'ils nous ont révélées, et sur la raison des différences qui les séparent ; et, c'est la chronologie qui tient, dans leur raisonnement et leurs hypothèses historiques, la place de la logique.

Il s'ensuit que leur étude n'offre, au point de vue

de l'éclaircissement pratique qui nous occupe, qu'un très médiocre intérêt : car c'est un problème de logique qui se pose à quiconque hésite sur l'application d'un texte existant, à une situation délicate ou nouvelle.

Et d'ailleurs, ajoutons que cette évolution chronologique nous est apparue sinon comme radicalement fausse, du moins comme gravement sujette à caution. Deux textes viennent, en effet, nous prouver que, antérieurement à la stipulation de 1226, que M. Cavaretta nous donne pour la première et la plus élémentaire manifestation du traitement favorisé, un traitement qui présente — à la condition de réciprocité près — tous les caractères du traitement moderne avait très précisément été stipulé.

L'une de ces stipulations est visée par M. Farra au travail duquel nous nous référons en cela. C'est un traité de la fin du xii^e siècle par lequel Venise se fait garantir le traitement de la nation la plus favorisée *pour l'avenir* (1).

L'autre, dont voici le texte, stipule la même chose en faveur de Marseille, de la part de Guy de Lusignan, roi latin de Jérusalem, et remonte à 1190.

... ego Guido per Dei gratiam in sancta civitate Jerusalem rex latinorum octavus et Domina Sibilla uxor mea... attendentes fidelitatem et servitium quod nobis et toti Christiani-

Farra, *op. cit.*, p. 34.

tati in obsidione Acconensi... exhibuistis... damus et concedimus vobis et per vos

(C'est aux ambassadeurs et à divers notables marseillais que la charte est adressée.)

universis hominibus Massiliæ... libertatem intrandi vel exeundi, tam per mare quam per terram cum universis rebus vestris in Accon et in universis locis regni nostri quæ proprii juris nostri sunt, ut per hæc omnia loca liceat vobis intrare et exire commorari et negotiari cum magnis navibus... — Porro si frumentum vel aliud de terra extrahere aliquatenus fuerit interdictum, si dono quolibet aliquis extraxerit, vobis similiter extrahere liceat, libere universis... — *Porro si hominibus Montipessulani vel Sancti Ægidii nos majorem libertatem dare contigerit concedamus ut eadem libertate gaudeatis. Hanc autem libertatis concessionem concedimus vobis omnibus et universis successoribus vestris in perpetuum...* (2)

Aussi la filiation lointaine que nous décrivons plus haut et l'évolution progressive de la stipulation des capitulations à la stipulation moderne apparaissent-elles dès lors comme une hypothèse arbitraire sinon controuvée, hypothèse d'ailleurs qui, même vérifiée, nous demeurerait indifférente.

Le seul renseignement utile, à notre point de vue, que puisse fournir l'étude des textes considérés est la constatation d'une concomitance parfaite entre la concession des faveurs douanières et celle des faveurs juridictionnelles ou autres relatives à la condition des

1. Papon, *Histoire générale de Provence*, t. II, preuve n° 25.

commerçants considérés en leur personne privée. Et c'est là un point capital qu'il est important de bien noter.

Ces raisons suffiront sans doute à expliquer pourquoi nous n'avons pas suivi la méthode historique de nos prédécesseurs et comment nous avons été amené à en choisir une autre plus réaliste et plus pratique.

Nous avons pensé, en effet, que si, pour expliquer sainement il s'agit avant tout de bien connaître, il fallait, pour bien connaître une stipulation complexe comme la nôtre, s'attacher à découvrir son origine immédiate, et comme nous disions plus haut, la « cause naturelle » de ses dispositions caractéristiques.

Pour cela, il est nécessaire avant tout de définir l'objet de notre étude et de le définir par une analyse très précise de ses caractères essentiels. C'est ce que nous allons faire, au risque de nous répéter, en prenant pour type la forme qui se rencontre communément, en Europe du moins, de nos jours : la forme *réciproque, gratuite et spécialisée*. Nous en trouvons un excellent exemple dans l'article 16 du traité conclu le 4 avril 1896 entre l'Allemagne et le Japon dont la rédaction, très explicite et très précise, fait nettement ressortir les caractères essentiels que nous venons d'énumérer :

ART. 16. — Les P. C. ont convenu qu'en toute circonstance *intéressant le commerce et la navigation*, les privilèges, faveurs et exemptions de toute sorte que *l'une des parties* a accordés ou accordera aux sujets d'une tierce puissance, seront *immédiatement et sans condition* aux ressortissants de l'autre P. C., conformément à leur intention de mettre *en toute circonstance* le commerce et la navigation de chaque pays vis-à-vis de l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée (1).

Nous pourrons donc raisonner sur ce texte considéré comme l'expression normale de la stipulation moderne, et nous y reconnaitrons, à le bien analyser, trois caractères principaux :

1^o Stipulation d'une prestation future et sous condition suspensive ;

2^o Stipulation d'une prestation incertaine et indéterminée ;

3^o Stipulation d'une parfaite et absolue réciprocité.

Muni de ce signalement logique, si nous recherchons dans l'amas considérable des textes réunis par ceux qui ont étudié le traitement favorisé la première en date des stipulations présentant tous ces caractères, nous ne la trouverons que vers le milieu du xvii^e siècle. C'est M. Cavaretta qui nous l'indique sous l'article 24 du traité anglo-danois du 23 février 1661. La voici :

1. A. C. Ext., 1897. *Législation commerciale*, n^o 133.

ART. 24. — Item concordatum est quod si gens Belgica vel alia quæcumque gens (Suedica gente tantummodo excepta) aliqua meliora pacta, conventiones, exemptiones sive privilegia quam ea quæ in hoc tractatu continentur a Domino Rege Daniæ et Norwegiæ hactenus obtinuit vel in futurum obtinebit, quod eadem talia et consimilia Domino Regi Angliæ et subditis suis communicentur et cum effectu concedantur libere et cum omni plenitudine, et e contra si gens Belgica vel alia quæcumque gens aliqua meliora pacta... *etc.* Domino Rege Angliæ obtinuit vel in futurum obtinebit, quod eadem talia et consimilia Domino Regi Daniæ et Norwegiæ et subditis suis communicentur et cum effectu concedantur libere et cum omni plenitudine (1).

On pourrait citer un texte légèrement antérieur, qui présente à notre point de vue des caractéristiques parfaitement identiques : c'est l'article 6 du traité franco-espagnol du 7 novembre 1659, dit « traité des Pyrénées » :

ART. 6. — Les villes, sujets, marchands, manans et habitants des royaumes, États, provinces et pays appartenant au Roi Très-Chrétien jouiront des mêmes privilèges, franchises, libertés et sûretés dans le royaume d'Espagne et autres royaumes et États appartenant au Roi Catholique dont les Anglais ont eu droit de jouir par les derniers traités faits entre les deux Couronnes d'Espagne et d'Angleterre sans qu'on puisse en Espagne, ni ailleurs dans les terres ou autres lieux de l'obéissance du Roi Catholique, exiger des Français et autres sujets du Roi Très-Chrétien de plus grands droits et impositions que ceux qui ont été payés par les Anglais avant la rupture ou qui sont payés présentement par les habitants

1. Dumont, VI, 2^e partie, p. 384.

des Provinces-Unies, des Pays-Bas, ou autres pays étrangers qui y seront traités le plus favorablement. Le même traitement sera fait dans toute l'étendue de l'obéissance du Roi Très-Chrétien à tous les sujets dudit seigneur Roi Catholique de quelque pays ou nation qu'ils soient (1).

Quoi qu'il en soit, on peut donc dater du milieu du xvii^e siècle l'apparition d'une stipulation présentant tous les caractères essentiels de la stipulation moderne.

Quel était le caractère de cette stipulation ? A quelle situation répondait-elle ? Quel but poursuivaient les pays qui la stipulaient ? C'est là ce que nous devons élucider à présent.

Cette clause, si fréquente de nos jours et qui lie presque tous les pays, se rencontrait alors assez rarement et même très rarement sous cette forme réciproque. Pendant toute une période qui va du milieu du xvii^e siècle environ jusque vers la deuxième tiers du xviii^e nous ne la rencontrons guère en effet que dans des traités établissant, soit des liens d'atlance proprement dite, soit des relations politiques très intimes entre les parties contractantes. Tels sont, pour ne citer que les traités français : le traité des Pyrénées et le Pacte de Famille où notre clause apparaît comme un véritable corollaire commercial de l'entente politique et comme un

1. Dumont, 1651-1666, p. 266.

moyen d'assurer à cette entente l'efficacité la plus grande en conservant à ses effets une valeur permanente.

Les situations qu'elle crée participent d'ailleurs du caractère exclusif des relations politiques dont elle découle. Les textes l'expriment parfois formellement. Par exemple l'article 16 du traité anglo-suédois du 24 octobre 1661 dont l'article 4 établit le traitement de la nation la plus favorisée. Voici ces textes :

ART. 4...— Quibus præsuppositis, Populus, Subditi ac Incolæ unius confœderatorum habeant ac possideant in Regionibus Terris Dominiis ac Regnis alterius tam larga ac amplia privilegia, tantasque relaxationes, Libertates, Immunitatesque quantas pergerinus quilibet possidet vel possidebit in dictis utrinque Dominiis ac Regnis.

ART. 16...— *Nullatenus autem in posterum alteruter confœderatorum fœdus inibit aut quicquam pascicetur cum aliis Peregrinis, gentibus ac nationibus quibuscumque in præjudicium qualecumque hujus præsentis invicem fœderis nisi præscio et consentiente altero fœderato, aut si quidquam aliter cum aliis posthac pactum fuerit, pro irrito habeatur cedatque omnino huic mutue conventioni (1).*

De même l'article 25 du Pacte de famille.

ART. 25. — Si les H. P. C. font dans la suite quelque traité de commerce avec d'autres puissances et leur accordent ou leur ont déjà accordé dans leurs ports ou États le traitement de la nation la plus favorisée, on préviendra les

1. Dumont, VI, II, 384.

dites puissances que le traitement des Espagnols en France et dans les Deux-Siciles et des Napolitains et des Siciliens en France et en Espagne sur le même objet est excepté à cet égard et ne peut point être cité ni même servir d'exemple. *Leurs Majestés Très-Chrétiennes, Catholiques et Sicilienne ne voulant faire participer aucune nation aux privilèges dont elles jugent convenable de faire jouir réciproquement leur sujets respectifs.* (1)

Et par ailleurs Cavaretta rapporte un passage du discours du Trône du 2 février 1727 où George I^{er} d'Angleterre traite d'« attentat aux intérêts les plus ombrageux de l'Angleterre » le traité de 1725 qui met les Autrichiens sur le pied d'égalité avec les Anglais et les Hollandais dans l'Amérique espagnole.

Pour ce qui est du but poursuivi par les parties contractantes, nous possédons pour nous éclairer sur ce point le document le plus explicite : c'est la convention franco-espagnole du 2 janvier 1768 interprétative de l'article 24 du Pacte de Famille qui s'exprime ainsi après avoir reproduit littéralement cet article :

Il résulte de la teneur de cet article que les deux cours, ayant voulu resserrer plus fortement les liens qui les unissent, formèrent le projet de ne faire des Français et des Espagnols qu'un seul et même peuple afin que, de la communication réciproque des avantages dont chaque nation jouit dans son propre pays, il s'établît, en faveur du commerce et de la navigation des deux royaumes, une telle combinaison d'avantages qu'aucune autre nation étrangère ne fût plus favorisée

1. De Clercq, I. 87.

que les sujets respectifs dans les domaines des deux souverains (1).

Ainsi interprétée, notre clause stipule d'ailleurs un *modus vivendi* dont la portée s'étend singulièrement au delà du domaine économique. On pourrait presque, à notre sens, la considérer alors comme le moyen d'exprimer par une stipulation positive le devoir que des alliés ont l'un envers l'autre d'examiner leurs requêtes et désirs respectifs dans l'esprit de bienveillance le plus large, en vue de maintenir la situation privilégiée à laquelle ils ont droit l'un chez l'autre.

Cela bien établi, nous devons remarquer la place importante que tiennent dans ces clauses les stipulations relatives au droit privé proprement dit.

Elles en contiennent, en effet, d'assez nombreuses et qui ne sont plus seulement exclusivement applicables aux commerçants comme étant nécessaires à l'exercice paisible de leur profession ainsi que celles des capitulations dont nous avons brièvement parlé plus haut, mais qui sont bien des stipulations à la condition des étrangers quels qu'ils soient.

Le texte du traité des Pyrénées que nous venons de citer nous l'indique assez clairement.

Souvent, d'ailleurs, la stipulation du traitement favorisé relative à la jouissance des droits privés se présente comme le complément du traitement natio-

1. De Clercq, I, p. 95.

nal concédé en pareille matière. Cette pratique, qui peut surprendre au premier abord, s'expliquait par la nécessité d'éviter toute discussion sur les droits à étendre, étant donné l'inégalité de conditions des sujets d'un même pays, et ne fait que prouver mieux encore la valeur de la concession ainsi faite et le service que l'on attendait de notre stipulation (1).

Tels sont donc les aspects sous lesquels nous apparaît à ses débuts la stipulation réciproque de la nation la plus favorisée. Mais si, de 1659 à 1768, nous trouvons rarement cette stipulation réciproque, dont nous venons de dégager le caractère particulier, bien au contraire, nous rencontrons très fréquemment la forme unilatérale dans des conventions relatives aux relations économiques et commerciales. Le traitement favorisé stipulé de la sorte n'est pas une nouveauté, car nous remarquons de telles clauses dès les premiers traités de commerce. Dans ce cas, on peut poser, en principe, que c'est l'État le plus puissant qui, moyennant une concession plus ou moins importante, se fait accorder le traitement de la nation la plus favorisée (2).

1. Cf. Fara, *op. cit.*, p. 60.

2. Cf. notamment les traités conclus par la Suède et les Provinces Unies le 5 avril 1614. Dumont, V, II, 245. — L'Angleterre avec le Portugal le 29 janv. 1642 (*Id.*, VI, II, 239) Et plus tard, le 23 oct. 1706, avec Dantzic (Martens, *Suppl.*, I, 45). Le 8 février 1719 avec Hambourg (art. 7) (Martens, *Suppl.*, I, 127). Et le 17 octobre 1731 avec Brème (art. 7) (*Ibid.*, I, 211). — Et par la

Cette coexistence de la forme unilatérale et de la forme réciproque est donc parfaitement normale, et il nous paraît important de la constater, éar, outre qu'elle confirme singulièrement les critiques que nous adressons à la conception « évolutionniste » des historiens de notre stipulation, elle prouve clairement les différences qui séparent pratiquement les deux formes de la clause tant au point de vue de leur nature qu'au point de vue du but que l'on poursuit en les stipulant.

Nous sommes donc amenés à constater que, dans cette période, le traitement de la nation la plus favorisée est stipulé concurremment sous deux formes diverses : l'une réciproque qui semble réservée aux traités conclus par des alliés, et l'autre unilatérale, qui sert habituellement à mettre l'État promettant dans une sorte de vassalité économique à l'égard du stipulant.

Nous rencontrons cependant un exemple de stipulation réciproque inserée dans une convention commerciale conclue par deux pays dont on ne peut pas dire qu'ils fussent en état d'alliance, bien que leurs relations se fussent alors récemment améliorées. L'article 8 de la convention de commerce signée

France avec le Danemark, le 23 août 1742 (art. 4) (De Clercq, I, 46). Hambourg, le 1^{er} avril 1769 (art. 6) (De Clercq, I, 111). Et Mecklembourg, le 18 septembre 1779 (art. 4). (De Clercq, I, 131).

par la France et l'Angleterre à Utrecht, le 11 avril 1713, dit en effet ;

ART. 8.— De plus, on est convenu et on a établi comme une règle générale que tous et chacun des sujets de la sérénissime Reine de la Grande-Bretagne et du sérénissime Roi Très Chrétien, dans tous les pays et places soumis à la domination de chacun d'eux, auront et jouiront au moins des mêmes libertés, immunités et privilèges, tant quant aux droits, impositions et douanes quelconques qu'aux personnes, biens, marchandises, vaisseaux, frêts, matelots, navigation et commerce, et auront même faveur en toutes choses, tant dans les cours de justice que dans les affaires qui auront relation au commerce ou quelque droit que ce soit qui auront jamais été accordés aux nations étrangères les plus favorisées, ou qu'on viendra dans la suite leur donner et octroyer (1).

Que faut-il penser du but recherché par le moyen d'une telle stipulation ? Nous n'en pouvons guère apprécier la valeur qu'en envisageant la position du commerce anglais à l'égard de la France. L'Angleterre poursuivait l'abolition de l'œuvre protectrice de Colbert et l'on admet généralement que la convention de 1713 eut pour principal but de sa part de parvenir à ses fins. (2) De telle sorte, qu'en réalité, la réciprocité stipulée n'est qu'une apparence puisque la France avait presque tout à céder et l'Angleterre peu de chose. Quel inconvénient un pays dont la politique économique tend au libre-échange

1. de Clercq, t. I, p. 10.

2. Cf. Jaillifier et Vast, *Histoire de l'Europe* 1610-1789, p. 350-351.

peut-il trouver, en, effet à promettre à un État les faveurs qu'il accorde aux autres ?

Et cela est si vrai, que nous verrons l'usage de la stipulation réciproque se généraliser en matière commerciale entre pays dont les relations politiques ne sont pas nécessairement amicales, à l'époque où, précisément, les idées de libéralisme économique deviennent courantes. Citons par exemple :

Le traité anglo-suédois du 5 février 1766 (1) ;

Le traité anglo-russe du 20 juin 1766 (2) ;

Le traité franco-russe du 11 janvier 1787 (3).

Et nous rencontrerons même cette stipulation dans le traité de commerce franco-anglais conclu le 26 septembre 1786 (4), c'est-à-dire trois ans après la paix de Versailles, et pendant cette période d'hostilité profonde qu'un auteur a pu appeler une période de « paix armée » (5).

Ce cas est si particulier, que les circonstances de la conclusion de ce traité méritent, à notre point de vue, une attention spéciale.

Pour ce qui est de la situation politique, voici quelques lignes de Sorel qui la dépeignent sous des couleurs plutôt sombres :

1. Ap. Glier, *op. cit.*, p. 173.

2. Martens, I, p. 392.

3. Ap. Glier, *op. cit.*, p. 93.

4. De Clercq, I, p. 164.

5. *Dix ans de paix armée entre la France et l'Angleterre*, par le comte de Barral (*Revue du Monde Latin*, juin 1886, p. 135 et suiv.).

« Lors de la discussion du traité de 1786, Fox s'écriait : « La France est naturellement l'ennemie » de la Grande-Bretagne. Sans doute, je ne vais pas » jusqu'à affirmer qu'elle soit et doive rester l'ennemie » irréconciliable de l'Angleterre et qu'elle ne puisse » pas éprouver un désir secret de vivre à l'amiable » avec ce royaume. C'est possible, mais ce n'est guère » probable. »

» Et Pitt qui lui répondait sur un ton plus modéré, traitant d'enfantillage cette supposition d'une inimitié perpétuelle entre deux peuples, se faisait dénoncer comme le complaisant de la France. C'est lui cependant qui, en 1787, soutint en Hollande le *stathouder* et força la France, qui soutenait les « patriotes », à reculer, c'est lui qui, en 1788, conclut avec la Prusse et la Hollande le traité de la triple alliance (1). »

Comment, dans ces conditions, put-il intervenir entre les deux pays un accord contenant une clause qui avait servi à régler les rapports économiques entre alliés ? Comment un tel traité fut-il soutenu aux Communes par ce même Fox, dont nous venons de lire le langage peu tendre et vraiment pessimiste ? Comment sa signature fut-elle saluée comme une victoire et considérée comme une revanche de la paix de Versailles, à telles enseignes qu'elle valut à lord Eden dont il porte le nom, son titre et sa pairie ?

1. A. Sorel, *l'Europe et la Révolution Française*, I, p. 352.

Nous l'avons déjà indiqué plus haut au sujet de la convention de commerce d'Utrecht : la politique économique de l'Angleterre était telle que ce pays ne pouvait que gagner à concéder un traitement favorisé qui lui coûtait peu en échange d'une concession réciproque dont elle devait tirer grand avantage.

Ce que l'on comprend moins c'est l'attitude de la France. En 1713 en effet nous nous trouvions à l'égard de l'Angleterre dans une situation telle que, pour obtenir la paix et son appui, nous étions un peu à sa merci (1). Mais il n'en était pas de même en 1786. A vrai dire, le traité fut très attaqué. Vergennes pour se justifier disait que la contrebande avait fait des progrès tels et si difficiles à enrayer que la protection douanière était presque illusoire et qu'on perdait peu en la perdant. Mais d'autre part il est permis de croire que l'élève des « Philosophes » qu'était ce ministre n'était pas éloigné de rechercher les bienfaits du libre-échange tant vanté par les Économistes. Et de fait, après une période pénible, le commerce français semble en avoir heureusement profité. Toujours est-il que ceux qui dénombrent les réformes empreintes de l'« esprit nouveau » que Louis XVI réalisa avant la Révolution et mieux

1. Cf. Émile Bourgeois, *Manuel de politique étrangère*, I, chap. IX, *passim*, et p. 294.

qu'elle, ne manquent pas de faire état du traité de 1786 comme un effort pour établir le libre-échange.

A dater de là d'ailleurs notre stipulation suit la fortune des doctrines libérales dont elle paraît être en économie l'instrument privilégié.

Un rapide aperçu de ses diverses stipulations à la fin du XVIII^e siècle et durant tout le XIX^e nous le montrera clairement.

Et d'abord remarquons que dès 1778 un pays qui devait se méfier particulièrement d'une politique libérale qui aurait sans doute été fatale à son commerce et à son industrie naissante fit subir à notre clause une modification remarquable qui changeait du tout au tout sa portée et limitait considérablement ses effets.

Les États-Unis en effet stipulèrent notre clause sous l'article 2 du traité du 6 février 1778 dans les termes suivants :

ART. 2. — Le Roi Très-Chrétien et les États-Unis s'engagent mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations en fait de commerce et de navigation qui ne devienne aussitôt commune à l'autre partie, et celle-ci jouira de cette faveur gratuitement si la concession est gratuite ou en accordant la même compensation si la concession est conditionnelle (1).

1. Martens, II, 587.

Cette forme de stipulation dite « forme américaine » a pour effet de rendre au concédant à l'occasion de chacune des concessions faites à un tiers pays, un plein contrôle sur les faveurs qu'il étendra aux assurés par le jeu de la clause.

Et c'est bien le souci de maintenir ce contrôle qui garde l'équilibre économique du concédant des dangers que la clause peut lui faire courir, qu'exprime le passage suivant d'une lettre adressée le 11 janvier 1898 par M. Sherman à M. Buchanan, pour lui rappeler les fondements de la doctrine américaine attaquée par un pays assuré mécontent :

The allowance of the same privileges...to a nation which makes no compensation that have been conceded to another nation for compensation instead of maintaining destroys that equality which the most-favored-nation clause was intended to secure. It concedes for nothing to one friendly nation what the other gets only for a price (1).

Les restrictions capitales que la pratique américaine apporte à notre clause nous sont déjà l'indice de l'antinomie profonde qui existe entre le jeu de notre clause et la politique de protection douanière.

L'histoire de sa stipulation au XIX^e siècle ne fera que confirmer cette évidence.

Durant toute la période de protectionnisme « généralisé » qui va des guerres de la Révolution aux

1. Moore's, *Digest of international Law*, V, 278.

traités de 1860, nous ne rencontrerons notre clause que très rarement, ce qui s'explique d'ailleurs par la rareté des traités de commerce eux-mêmes dans les premières années du xix^e siècle. Mais, même lorsque ces traités deviennent plus fréquents et lorsqu'ils se multiplient, notre clause y est sinon rare, du moins presque toujours stipulée sous sa forme conditionnelle ou « onéreuse » (1).

On se rend d'ailleurs fort aisément compte de ses variations et de leur concomitance avec les variations des doctrines économiques en parcourant la nomenclature analytique des traités de commerce que M. Glier publie à la fin de son ouvrage (2).

Notre clause n'apparaît de nouveau sous sa forme réciproque et inconditionnelle ou « gratuite » insérée dans un traité de commerce proprement dit, qu'en 1860, dans le traité franco-anglais signé le 23 janvier (3).

Le but de ce traité est, à n'en pas douter, d'établir entre les deux pays un régime favorable aux échanges et conforme aux doctrines libérales. Tout concourt à

1. Cependant, on peut citer certaines exceptions : les traités franco-turc du 25 juin 1802 (de Clercq, I, 589), franco-brésilien du 8 janvier 1828 (*Ibid.*, III, 902). Mais il faut remarquer que ce sont des traités d'amitié très étroite.

2. Glier, *Die Meistbegünstigungsklausel*, 1 vol. in-8°. Berlin (Reimer), 1905.

3. De Clercq, VIII, 7 complété par la convention additionnelle du 16 novembre (*Ibid.*, p. 142).

le prouver dans les circonstances de sa négociation et de sa conclusion qui furent l'œuvre personnelle de Napoléon III dont, au reste, les opinions libre-échangistes sont avérées. Il fut négocié directement par l'empereur avec Cobden avec des précautions de mystère qui lui donnent l'allure d'une conspiration (1) et signé à l'insu de certains ministres et contre la demande formelle de commerçants notables dont l'avis avait été auparavant sollicité (2).

On semble, du reste, à cette époque, avoir considéré le rôle de notre clause comme purement douanier. Martens, dans son *Traité de Droit international* (3), en donne une définition assez spéciale et étroite qui constitue un précieux indice à ce point de vue :

« Dans les traités de commerce contemporains, on stipule ordinairement que toutes les marchandises étrangères et tous les produits de l'industrie étrangère peuvent être importés en payant des droits de douane. L'élévation de ces droits est fixée soit par la législation intérieure, soit par des accords internationaux. Dans ce dernier cas, il est convenu habituellement que les droits de douane payés par les sujets de tel ou tel pays serviront de règle pour éta-

1. Cf. Michel Chevallier, *Revue des Deux-Mondes*, 15 juin 1876.

2. Témoignage recueilli du fils d'un des industriels alors consultés.

3. Trad. Léo, Paris, 1886, II, 322.

blir le tarif applicable aux sujets de la nouvelle puissance contractante. C'est ce qu'on appelle accorder les droits de la nation la plus favorisée ».

Faut-il admettre que c'est dans cet esprit assez étroit que la clause a été stipulée dans tous les traités ou nous la rencontrons depuis 1860 jusqu'à nos jours, ce qui justifierait une certaine doctrine et une certaine jurisprudence dont nous nous occuperons plus loin ? (1). Nous ne le pensons pas.

Cette conception purement douanière de la clause, à supposer même qu'elle ait universellement prévalu à un moment donné, semble s'être rapidement modifiée sous l'influence souveraine de la logique des choses et des nécessités commerciales. De même, en effet, que six siècles auparavant, les nations chrétiennes avaient dû, pour assurer à leur commerce d'Orient un traitement égal à celui des commerces concurrents, se faire accorder, outre l'égalité douanière, une égalité de traitement quant aux personnes, quant aux biens et quant aux privilèges de juridiction, de même, les États modernes ont dû, pour s'assurer une égalité réelle, étendre à d'autres matières qu'aux douanes la portée de la stipulation du traitement favorisé.

Et l'opinion moderne paraît unanime à ce sujet.

1. Cf. notamment, Lyon-Caen sous Cassation, 14 mai 1895. S. 96. I. 101.

Voici comment s'exprime un traité très élémentaire où nous avons à dessein recueilli sa définition :

La clause de la nation la plus favorisée est une clause toujours inscrite dans les traités de commerce d'après laquelle chaque signataire du traité se fait reconnaître le droit de profiter des abaissements de tarif et *de tous les avantages commerciaux* que l'autre État pourrait dans la suite accorder à un autre État étranger. Elle se rencontre dans les traités de commerce parce que, autrement, par des concessions plus avantageuses faites à un autre État concurrent, l'un des États pourrait voir bouleverser toute l'économie du traité de commerce qu'il a signé et être privé indirectement du profit qu'il espérait en retirer. (1).

M. Pradier-Fodéré résume ainsi son rôle :

C'est pour obtenir les conditions les plus avantageuses et ne point être placés dans une situation d'infériorité vis-à-vis des autres puissances étrangères que les États ont adopté l'usage de s'assurer d'avance et réciproquement dans tous leurs traités de commerce tous les avantages que chacun pourrait accorder à d'autres États... Et encore : « Les formes de la stipulation varient ; mais quels que soient les termes employés pour la formuler, son but est toujours celui-ci : obtenir un traitement sinon plus avantageux, au moins égal à celui qui est accordé aux autres peuples faisant le même commerce ; n'être soumis au paiement d'aucuns droits autres ou plus forts que ceux qui sont imposés à la nation qui paye le moins ; *faire accorder à ses nationaux les mêmes avantages, immunités et privilèges que ceux qui sont reconnus au profit des nationaux des autres États* » (2).

1. FOIGNET. *Manuel de droit international public*. 5^e édit. p. 215.

2. PRADIER-FODÉRÉ. *Traité de droit international public* IV. 392 sq.

F. Hepp

M. St. K. Hornbeck, qui a récemment consacré à la clause de la nation la plus favorisée une étude importante et éclairée, en explique ainsi la portée.

Tout État poursuit dans ses arrangements internationaux de politique commerciale un double objet : acquérir et conserver les plus grands avantages possibles et se garantir contre tout désavantage *et tout traitement différentiel* présent ou avenir... En substance, la clause règle *le traitement que les citoyens ou sujets de chacune des parties contractantes* doit recevoir dans les territoires et dans les limites de la souveraineté de l'autre partie contractante, *principalement* en matière de navigation et de commerce.

Les faveurs accordées à la navigation et au commerce s'étendent *aux articles agents et instruments commerciaux*. Ce qu'on recherche c'est un traitement uniforme sans rien de différentiel (1).

Citons enfin ce qu'en dit M. Farra dans une thèse récente :

... La clause de la nation la plus favorisée répond à un besoin *international* des puissances de se trouver, sur le marché mondial, dans la posture la plus favorable au développement de leur commerce et de leur industrie.

La concurrence énorme que se font les diverses productions nationales, les inégalités du coût de production dans les divers pays, font que ceux-ci ont senti la nécessité de ne pas se trouver en état d'infériorité vis-à-vis de leurs voisins du fait du traitement que leur faisaient leurs marchés d'exportation.

1. Stanley K. Hornbeck, *The most favored nation Treatment* (*American Journal for international Law*, 1910, p. 397).

C'est pour cette raison que les nations ont préféré limiter les avantages qu'on leur faisait et être assurées que des avantages plus grands ne seraient pas faits à leurs concurrents, plutôt que de profiter de concessions particulières en ayant la crainte de voir ces concessions partiellement ou totalement annihilées par celles plus étendues qu'on pourrait accorder par la suite aux autres.

Le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée aboutit donc à une sorte d'harmonie, de nivellement dans la manière dont les nations se traitent entre elles (1).

A l'heure actuelle en effet les pays ont pris l'habitude de stipuler le traitement favorisé pour se garantir contre tous les périlleux effets des variations diverses susceptibles de troubler les conditions de la concurrence internationale.

Notre clause est, sans nul doute, dirigée contre le plus gros danger que puisse courir l'équilibre des échanges : la variation des tarifs douaniers au profit d'un concurrent. Elle pare à ce danger en travaillant à niveler les tarifs « par en bas » et l'on peut dire que à ce titre, elle tend au libre échange et implique une politique économique « libérale ». Mais en même temps et c'est là le point qui nous intéresse dans cette étude, elle garantit le maintien des ressortissants du pays assuré sur le pied d'égalité avec ceux du pays le plus favorisé dans toutes les matières qui, de près ou de loin, intéressent réellement l'exercice

1. Farra, *op. cit.*, p. 49-50.

du commerce et de l'industrie et la sécurité des échanges. Cela ne peut faire aucun doute si l'on considère avec attention les stipulations modernes, et, selon nous, c'est dans le sens le plus large qu'il faut interpréter le mot *traitement* dans la locution « traitement de la nation la plus favorisée ». Et par là, elle « tend » à l'unification de la condition des commerçants étrangers sur un même territoire.

On peut donc voir, pour ainsi parler, dans la clause de la nation la plus favorisée des traités modernes une sorte de clause d'assurance mutuelle, ou mieux : réciproque, contre la variation des conditions générales de la concurrence internationale.

Quoi qu'il en soit, une notion capitale résulte de toute l'histoire de la clause telle que nous venons de la retracer, c'est que c'est une clause essentiellement commerciale.

Tirant, en toute hypothèse, son origine de stipulations relatives au commerce international, née pour adapter l'état d'alliance aux besoins de l'échange entre alliés, subissant toutes les vicissitudes du grand commerce à dater du jour où les économistes ont donné aux échanges une vie particulière sur laquelle les relations politiques doivent moins influencer qu'auparavant, c'est en principe un traitement d'ordre économique qu'elle a pour but d'établir.

Cependant, prise en elle-même, et telle que nous l'avons vu apparaître au xvii^e siècle elle peut fort

bien avoir pour objet l'établissement et le maintien d'une autre égalité que l'égalité commerciale et la garantie contre d'autres risques que les risques commerciaux.

Plusieurs clauses de traités récents sont rédigées d'ailleurs de manière à ne laisser aucun doute à cet égard. Il importe de ne pas négliger ces indices très clairs de l'intention des parties et d'accorder ainsi à leur volonté tout l'effet qu'elle doit légitimement produire dans les rapports qu'elle a librement créés.

Nous aurons donc à étudier la manifestation de l'intention des parties contractantes et pour cela à dégager des règles permettant d'apprécier la portée de chacune des formes spéciales de notre clause qui peuvent se rencontrer.

Mais il nous faut auparavant établir le caractère juridique de cette stipulation et préciser, en fonction de ce caractère, les règles de son application.

CHAPITRE II

CARACTÈRE JURIDIQUE DE LA STIPULATION DU TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Si telle est la clause moderne, nous devons nous appliquer, pour bien déterminer les effets qu'elle doit produire, à en déterminer premièrement le caractère juridique.

Et précisons tout d'abord un point. Si nous faisons allusion à certaines théories juridiques couramment invoquées en droit privé et si nous tirons argument des données qu'elles fournissent, ce n'est pas que nous pensions soumettre les stipulations du droit international public aux règles du droit privé qui ne sont pas faites pour elles. Nous n'y cherchons pour les appliquer, par analogie, à l'objet de notre étude, que les règles universelles d'une logique supérieure qui détermine avec justice, en fonction des faits et de l'autonomie des volontés, la solution des conflits survenus entre co-contractants quels que soient leur qualité et l'objet de leurs conventions.

Au moment de la conclusion du traité qui contient la clause de la nation la plus favorisée, l'objet de l'engagement souscrit par les parties est absolument insaisissable et de tous points aléatoire.

On ne sait ni quel pays sera le plus favorisé, ni en quoi, ni quand il le sera. Tout ce que savent les parties contractantes, c'est qu'elles seront tenues d'étendre à leur co-contractant tous les avantages quelconques qu'elles concéderont nouvellement à un État quelconque dans la matière considérée.

A parler concrètement, ce contrat a pour objet l'établissement et le maintien d'un *modus vivendi* basé sur le principe de l'égalité de traitement avec la nation la plus favorisée, principe dont l'application pratique se réalisera par la communication, trait pour trait, au co-contractant des avantages concédés à des tiers. Sa matière consiste en une « obligation de faire » sous condition suspensive et sa cause réside dans l'obligation réciproque du co-contractant : c'est un *facio ut facias* suspendu par une condition. Aussi bien l'obligation qui résulte d'une telle stipulation est-elle extrêmement stricte : elle équivaut à celle qui résulterait expressément d'un nouveau traité, par lequel le pays assuré recevrait un avantage identique à celui que reçoit, par le traité à étendre, le pays favorisé.

C'est bien ainsi que nous sommes conduit à l'interpréter, puisque nous ne voyons dans la communi-

cation des avantages qu'un moyen de maintenir ou de rétablir l'équilibre menacé ou rompu, et qu'au reste la clause procédant par voie de référence, oblige à l'application intégrale de la mesure à laquelle on est convenu de se référer.

C'est bien ainsi d'ailleurs que cette obligation a été de tout temps comprise. Le traité conclu le 11 septembre 1647 entre l'Espagne et les villes hanseatiques l'exprime très nettement.

ARTICLE PREMIER § 2. — Quod si etiam amplius quid in eo negotio unitarum Belgii Provinciarum Incolis subditisque ratione Mercaturæ Merciumque et eorum omnium quæ ad eorumdem commerciorum securitatem ac libertatem pertinent concedatur, quam olim civitates Hansaticæ petierint aut impetrarint, id onme *ut vi tractatus* Hanseaticis quoque civitatibus concessum haberetur... (1)

De même dans la convention interprétative du Pacte de famille :

ARTICLE PREMIER. — On est convenu que tous les privilèges, prérogatives et grâces dont jouissent les nations... subsisteront en faveur des Français... *comme s'ils avaient été arrêtés directement entre les deux couronnes* (2).

De même encore dans les traités franco-turc du 25 juin 1802 (art. 9) (3) et franco-brésilien du 8 janvier 1826 (art. 10 *in fine*) (4), (Cf. également

1. Dumont, VI, I, 403.

2 De Clercq, I, 95.

3. Ibid., I, 589.

4. Ibid., III, 402.

un jugement du tribunal de Bruxelles (S. 1881, IV, 11) et l'exposé des arguments proposés contre cette communication *ipso facto* dans une note de M. L. Renault sous arrêt de la Cour de Bruxelles du 3 août 1880 (S. 1881. IV, 10.)

En elle-même la stipulation du traitement de la nation la plus favorisée est donc infiniment générale et crée, entre les parties, une obligation très stricte de faire une chose déterminée par des moyens déterminés.

C'est pourquoi il importe de dégager tout d'abord, les règles exactes de son application.

CHAPITRE III

APPLICATION DU TRAITEMENT

DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Tels étant la portée coutumière et le caractère juridique de notre stipulation ; il importe de déterminer les règles de son application générale. En le tentant, nous essayerons de répondre à une question qui pourrait à peu près se poser ainsi : « La stipulation du traitement favorisé oblige-t-elle le concédant à communiquer *en tout état de cause* au pays assuré *tous* les avantages qu'il a concédés au pays prétendu favorisé ? »

Nous avons vu que la clause de la nation la plus favorisée ne stipule pas, à proprement parler, la communication de certains avantages déterminés et cela pour l'excellente raison que les avantages qu'elle a pour but de procurer sont indéterminés et indéterminables au moment de la conclusion du traité. Elle ne fait, en réalité, qu'établir entre les parties contractantes l'obligation réciproque de maintenir un

certain *modus vivendi sui generis*, et basé sur un équilibre donné.

Pratiquement, elle se résoud en une obligation précise de communiquer certains avantages, mais ce n'est là qu'un moyen, le plus direct d'ailleurs d'établir et de maintenir l'équilibre recherché. Aussi bien faut-il considérer que cette communication n'est obligatoire que dans la mesure où elle est nécessaire au maintien ou au rétablissement de l'équilibre qui fait l'objet du *modus vivendi* adopté par les parties.

D'où trois questions à résoudre :

I. — L'équilibre considéré est-il rompu ?

II. — Le *modus vivendi* existe-t-il entièrement et garde-t-il toute sa valeur ?

III. — A quoi le concédant est-il tenu pour rétablir cet équilibre ?

§ I. — APPRÉCIATION DE LA RUPTURE DE L'ÉQUILIBRE CONSIDÉRÉ

La solution de ce problème dépend de la réponse aux trois questions suivantes :

a) Le traitement invoqué par l'assuré réclamant existe-t-il bien tel qu'il le prétend et est-ce bien le traitement le plus favorisé ?

b) Quelle est exactement la portée de l'équilibre garanti ?

c) En la personne duquel des co-contractants la rupture d'équilibre doit-elle être considérée ?

A. — *Existence et réalité du traitement favorisé*

Il importe de s'assurer si le traitement invoqué existe et s'il est bien le plus favorisé. En effet, il se pourrait fort bien que suivant l'intérêt du réclamant et suivant l'époque de sa réclamation, le pays prétendu le plus favorisé variât, ce qui serait absolument inadmissible, puisque le but même de la clause est d'établir entre les divers assurés un traitement uniforme.

Cette difficulté pratique a été clairement aperçue et signalée par M. Pillet dans un ouvrage récent (1). Elle ne peut, selon nous, se résoudre que par l'adoption d'un critérium permettant d'établir sans contestation possible la qualité de « plus favorisé » d'un État. En matière privée, il nous semble qu'on peut considérer comme tel celui dont les nationaux jouissent sur le territoire de l'État concédant du plus grand nombre de droits, tout en restant dans la plus large mesure sous l'empire de leur statut personnel pour les questions ressortissant au conflit des lois.

1. A. Pillet, *le Régime international de la propriété industrielle*. Paris, Lib. Sirey, 1911, p. 141.

Mais nous croyons que, seule, la pratique sera capable de fixer ce critérium avec sagesse, le jour où son attention aura été appelée sur la nécessité de l'établir, et c'est sur la nécessité de ce critérium que nous voulons surtout insister ici.

B. — *Portée exacte de l'équilibre garanti*

Faut-il, d'autre part, comprendre dans son sens absolu l'expression si générale de « nation la plus favorisée » ? Nous ne le pensons pas, et nous croyons par suite nécessaire de la définir.

Tout engagement aléatoire de l'ordre auquel appartient le traitement de la nation la plus favorisée n'est conclu par les parties qu'en considération d'une certaine situation de fait. Il s'ensuit, de toute nécessité, que notre clause ne crée d'obligations à la charge du concédant que dans la mesure où la situation de fait sur laquelle est basée le *modus vivendi* le permet et dans la mesure où elle subsiste. Ce qui revient à dire qu'il est des cas où la garantie manque de fondement et des cas où elle cesse d'exister.

Dans notre cas, elle manquera de fondement par exemple, si la concession de l'avantage réclamé a été obtenu par le pays prétendu favorisé en vertu de droits spéciaux que lui confère une situation

qu'il a acquise *antérieurement* à la stipulation du traitement favorisé invoquée par l'assuré.

Et cette garantie cessera quand, à raison de circonstances qui restent à déterminer, l'état de fait sur lequel était basé l'accord se trouve modifié plus ou moins profondément.

Nous allons examiner séparément ces deux hypothèses.

a) *Cas d'une situation antérieure acquise au pays prétendu favorisé.* — Si nous poursuivons logiquement les conséquences de la nature très spéciale de l'engagement qui résulte de notre stipulation, nous sommes amené à constater que l'application normale de ses effets suppose certaines conditions déterminées.

Il faut, notamment, pour assurer le respect de l'esprit dans lequel notre clause est communément stipulée, que le pays assuré et le pays favorisé se trouvent, au moment de la concession, dans une position sensiblement analogue vis-à-vis du pays concédant quant à l'obtention de la faveur considérée (1).

1. Les diplomates américains ont fort bien compris cette nécessité dont ils ont abondamment développé les motifs pour essayer d'ailleurs d'en tirer, en faveur de la pratique américaine, des conclusions théoriques erronées à notre sens, et qui nous semblent de tous points contraires aux conséquences logiques de l'engagement des parties contractantes (cf. *infra*, p. 73 sq.).

Or il se peut fort bien que le pays prétendu favorisé ait obtenu la concession de l'avantage réclamé par l'assuré en vertu de certains droits spéciaux résultant directement d'une situation préexistante à la concession considérée. Et, dans ce cas, la garantie invoquée par l'assuré manquera de fondement, car il ne saurait prétendre que l'équilibre assuré ait été rompu par une mesure dont le principe préexistait à la garantie qu'il a reçue.

Cette situation préexistante peut être une situation de fait ou de droit, générale ou spéciale.

Nous allons brièvement examiner quelques cas ; mais dès à présent, indiquons bien qu'il ne s'agit ici que de poser théoriquement et en thèse générale un principe dont l'application très délicate subira forcément l'effet changeant des rapports internationaux. Il serait vain, par conséquent, d'en préciser trop exactement la valeur pratique qui, d'ailleurs, par suite de l'enchevêtrement des engagements internationaux résultant de la stipulation exagérée du traitement favorisé, sera nulle la plupart du temps.

1° Au nombre des situations de droit générales, on peut citer toutes celles qui résultent par exemple d'un protectorat, d'une « union » politique, douanière ou juridique, etc.

Il nous semble évident, par exemple, que le traitement que se sont mutuellement garanti les pays signataires des conventions de La Haye ou des con-

ventions d'union pour la protection de la propriété industrielle et de la propriété artistique et littéraire, ne saurait être réclaté par le sujet d'un État non signataire de ces conventions en vertu de la clause de la nation la plus favorisée.

Et le pays assuré ne peut, à notre sens, réclamer du concédant la communication des avantages dont jouissent les co-unionistes pour deux raisons :

L'une théorique, et que nous déduisons *a priori* de la nature même de l'engagement qui résulte de notre clause ;

L'autre d'ordre pratique, et qui se justifie par un raisonnement *a posteriori*.

Nous venons d'exposer la première de ces raisons ; voici la seconde :

Si le pays unioniste accorde une faveur stipulée dans la convention d'union à un non-unioniste en vertu d'un engagement, tel que la clause de la nation la plus favorisée qui a pour cause une réciprocité de traitement éventuelle, il fait un véritable marché de dupe. Le pays assuré sait fort bien, en effet, par avance, tous les avantages que lui rapportera la stipulation puisque les termes de la convention lient le concédant à l'égard de ses co-unionistes, tandis que lui, assuré, aurait les mains entièrement libres, ayant gardé à l'égard des tiers la plus absolue liberté.

L'opinion contraire est admise formellement et

sans discussion par M. Pillet (1) et M. Lehr (2) parait considérer cette solution comme allant de soi.

Mais d'autre part, prévoyant sans doute les difficultés dont parle M. Pillet dans le même ouvrage (3), les négociateurs de la convention franco-russe du 14 avril 1912 ont expressément stipulé, sous l'article 19, l'incommunicabilité, en vertu du traitement favorisé, des avantages résultant de conventions d'union (4).

2° Parmi les situations de fait générales, on peut citer celles que crée l'usage dans les relations frontalières entre pays limitrophes. Des traités assez nombreux d'ailleurs excluent expressément les droits particuliers qui en résultent du nombre de ceux dont l'assuré pourra réclamer communication. Nous estimons pour notre part que, vu les difficultés d'appréciation que l'on rencontrerait dans la pratique, il n'y a lieu d'en tenir compte qu'autant que le traité en contient exclusion expresse. Nous ne les citons d'ailleurs qu'à titre d'exemple et pour fixer les idées ;

3° Il y a lieu d'insister tout spécialement à cause de sa difficulté même sur le cas d'une situation de

1. A. Pillet, *op. cit.*, p. 258.

2. Lehr. *Quelques notes sur l'Assistance Publique*. R. D. I. Pr., 1909, 787 sq.

3. A. Pillet, *op. cit.*, p. 422, n° 1.

4. *Journ. Offi.*, 9 juin 1912, p. 5110.

droit spéciale ; car ici aussi, l'appréciation peut présenter certaines difficultés.

Nous prendrons pour exemple le cas assez fréquent des conventions par lesquelles les États se garantissent l'exécution réciproque des jugements rendus par leurs tribunaux respectifs.

En considération de cette garantie, ils stipulent la plupart du temps, soit par le même traité, soit par traité séparé, la dispense des garanties spéciales de cette exécution généralement exigées des étrangers telles que la *cautio judicatum solvi* par exemple.

Cette dispense de garantie spéciale est, à notre avis, trop étroitement liée à la stipulation de garantie générale pour que l'une puisse aller sans l'autre ; et nous pensons que si, à bon droit par ailleurs, le ressortissant d'un pays qui n'a pas accordé cette garantie générale réclamait la dispense de caution en vertu du traitement favorisé, il devrait échouer dans sa demande parce que la dispense de caution ne résulte pas d'une concession plus ou moins gracieuse, mais d'un arrangement d'ordre tout à fait particulier qui a substitué un mode de garantie plus général au mode de garantie considéré.

b) *Modification de l'état de fait.* — Ces modifications qui auront pour effet de suspendre l'action de la garantie dont jouit le pays assuré peuvent résulter

de cas de force majeure ou de nécessités provenant de l'exercice de la souveraineté des États contractants. Il faut en toute hypothèse que leur cause soit indépendante de la volonté des contractants, car sinon le concédant pourrait, à son gré, suspendre ses obligations à l'égard de l'assuré.

Cette restriction à l'application du traitement favorisé se justifie sans peine. Il serait inadmissible, en effet, que l'exercice de la souveraineté politique d'un État se trouvât en cas de crise, si légère et si partielle qu'elle puisse être, entravé par une stipulation de portée générale et le plus souvent d'ordre économique supposant la bonne entente entre les contractants. Ces circonstances sont prévues d'ailleurs dans beaucoup de traités modernes qui les énumèrent nominativement. Voici, à titre d'exemple, ce que dit l'article 13 (*in medio*) du traité conclu le 24 mars 1908 entre le Mexique et le Honduras :

... il ne sera fait par l'une des parties à l'importation, à l'exportation ou au transit aucune prohibition qui ne soit en même temps étendue à toutes les nations, sauf par mesure sanitaire ou pour empêcher la propagation d'épizooties, ou la perte des récoltes, ou enfin en cas de guerre.

Dans ce cas, il n'y a aucune difficulté ; mais à défaut de stipulation expresse, il nous semble que l'application du traitement favorisé, ne devrait être suspendu par la survenance de telles nécessités qu'à titre purement temporaire et seulement, en tant que

de besoin, après déclaration motivée par la voie diplomatique.

Nous n'indiquons d'ailleurs ces difficultés que pour mémoire. En effet, elles n'intéressent plutôt à première vue les applications de droit public d'une clause que nous étudions ici principalement dans ses effets de droit privé.

C. — *Considération de la rupture de l'équilibre*

L'équilibre qui constitue la base du *modus vivendi* stipulé est un équilibre purement relatif. Les co-contractants se sont réciproquement assuré, dans le ressort de leur souveraineté respective, une situation de fait égale à celle du pays le plus favorisé et se sont engagés à se communiquer le bénéfice des faveurs nouvelles de façon à conserver à cette situation spéciale une valeur constante. Il s'ensuit que l'équilibre à considérer réside dans le maintien au profit de l'assuré d'un traitement égal à celui des concurrents, et c'est donc en la personne de l'assuré qu'il faut considérer la rupture de cet équilibre.

Cette notion paraît aller de soi. Cependant il peut être utile de la dégager pour répondre à une objection couramment opposée par la doctrine diplomatique américaine. M. Shermann écrivait en effet le 11 janvier 1898 à M. Buchanan, ambassadeur des États-Unis :

The allowance of the same privileges... to a nation which makes compensation that have been conceded to another nation for compensation, instead of maintaining destroys that equality which the most favoured nation clause was intended to secure» (1).

Voici la genèse du litige à propos duquel furent rappelés ces principes de la doctrine américaine. On sait que durant tout le xix^e siècle, et à de rares exceptions près, les Américains n'ont stipulé le traitement de la nation que sous la forme « conditionnelle » ou « onéreuse » et ce, pour des raisons d'ordre économique que nous avons exposées plus haut (2). Dans ces conditions, il est tout naturel qu'ils aient toujours refusé à un assuré qui ne fournissait aucune compensation équivalente la communication des avantages concédés « à titre onéreux » à des tiers : leur convention ne les y obligeait pas. Mais il s'est trouvé que plusieurs stipulations du traitement favorisé ne contenaient pas la petite clause conditionnelle et, dans ce cas, les diplomates américains désirant sauvegarder leur point de vue adoptèrent deux sortes d'arguments. Le premier est parfaitement légitime à notre sens. Il pose en principe que cette clause conditionnelle doit être considérée comme sous-entendue dans tous les traités américains où elle n'est pas expressément

1. Moore's, *Digest of international law*, V, 278.

2. Cf., p. 49.

écrite, et cela, en vertu d'une coutume presque parfaitement constante. Mais l'autre argument qu'exprime le texte ci-dessus voudrait prouver que la communication gratuite à l'assuré des avantages concédés à titre onéreux au pays favorisé est contraire à l'essence même de notre stipulation, ce qui est extrêmement contestable.

Les parties liées par la clause ont stipulé, ainsi que nous l'avons montré plus haut, un engagement aléatoire comparable à une assurance. Le fait, par l'un des contractants, d'accorder gratuitement à son cocontractant ce qu'il a concédé à un tiers moyennant une contre-prestation n'est aucunement une libéralité mais l'exécution d'une obligation directement issue de l'engagement qu'il a souscrit. Et par là même il a vocation à jouir, le cas échéant, de la part de son co-contractant d'un traitement parfaitement identique.

Sans doute, les parties courent l'une et l'autre le risque de donner respectivement beaucoup en échange de peu de chose, mais elles ont des chances aussi de bénéficier d'une situation contraire, et cet aléa est évidemment de l'essence même d'un contrat aléatoire.

C'est donc en la personne de l'assuré qu'il faut considérer la rupture de l'équilibre garanti, ce qui revient à dire que la communication des avantages accordés à un tiers devra être accordée à l'assuré

dès que cette concession a rendu sa situation pire par rapport au concédant, et ce, quelles que soient les conséquences que cette communication puisse entraîner au détriment de ce dernier.

§ 2. — EXISTENCE ET VALEUR DU « MODUS VIVENDI »

C'est, à notre avis, une question primordiale que celle de l'existence et de la valeur actuelle du *modus vivendi* puisque nous voyons en lui l'objet principal de notre stipulation et la source de tous les effets qu'elle doit produire.

Or, son existence dépend de l'existence entière du traité qui l'établit, et sa valeur du respect de la réciprocité stipulée.

a) *Existence entière du traité invoqué*

On serait tenté d'abord d'accorder une égale valeur à tous les traités qui ne sont pas officiellement dénoncés. Ce serait s'exposer souvent à de profondes erreurs. Les traités commerciaux subissent les vicissitudes des relations internationales et tel traité qui, en droit, semble en pleine vigueur est pourtant en fait quasi-dénoncé, tandis que sur la valeur exacte de certains autres on demeure dans une parfaite incertitude. On peut à cet égard citer, par exemple,

les traités conclus par la France avec certains États du Centre-Amérique et notamment le traité franco-vénézuélien du 23 août 1903 (1). Les relations diplomatiques entre la France et ce pays ayant eu, pendant une longue période, une valeur incertaine, quelle attitude aurait-on dû prendre vis-à-vis d'une réclamation de la part du Vénézuéla ou d'un de ses sujets intervenue durant cette période ?

Il nous semble qu'il est important de signaler cette difficulté principalement en matière de droit privé où les tribunaux sont forcément mal renseignés sur des points aussi exorbitants de leur compétence. C'est d'ailleurs ce qui leur a fait commettre déjà des erreurs semblables à celles que signale M. Jordan (2) qui rapporte des décisions faisant application des clauses d'un traité dénoncé depuis quelque temps déjà.

b) *Respect de la réciprocité*

Il peut sembler oiseux d'en établir la nécessité après ce que nous avons dit plus haut ; mais il n'est pas inutile de rappeler les raisons de son importance qui est capitale. Nous avons vu que dans la stipulation réciproque du traitement de la nation la plus

1. A. C. Ext., 1904. France, 1^{er}, 2^e, 3^e fascicules.

2. Jordan, *la Concession diplomatique des droits civils*. R. D. I. Pr. 1910, p. 1037, n^o 3.

avorisée l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre. Par suite, il est évident que tout manquement à la réciprocité doit rendre caduc l'engagement inverse auquel la réciprocité servait de base, et cela en vertu d'une clause tacite analogue à la clause commissoire des contrats synallagmatiques en droit civil. C'est ce qu'expriment formellement ces quelques mots de l'article premier de la convention interprétative de l'article 24 du Pacte de Famille :

La même chose doit s'entendre pour toutes les grâces... qui seraient accordées dans la suite au commerce des autres nations, *dans la supposition qu'on ne refusera pas en France aux Espagnols les mêmes prérogatives* (1).

Il faut, à notre sens, insister sur ce point, car trop souvent les effets normaux du traitement favorisé sont ouvertement entravés par des gouvernements habiles et sans scrupules que des mesures de rétorsion seules pourraient amener à résipiscence. Or, la base de toute rétorsion en pareille matière ne se trouve pas ailleurs que dans le principe que nous venons de poser de façon absolue et dont évidemment l'application ne doit être faite en pratique que suivant l'importance des intérêts en jeu et la gravité des circonstances.

1. De Clercq, I, 95.

§ 3. — OBLIGATIONS DU CONCÉDANT

Il nous reste maintenant à déterminer les limites exactes de l'obligation du concédant. Le concédant se trouve vis-à-vis de l'assuré dans la situation d'un assureur lorsque le risque s'est réalisé : il est tenu de remettre les choses dans l'état dont il avait assuré la permanence. Mais de même que l'assureur n'est tenu que de payer l'indemnité convenue, de même le concédant n'est tenu qu'à la communication des faveurs qu'il a accordées au pays favorisé.

Cela va de soi et la pratique n'a fait que confirmer ce principe la seule fois, à notre connaissance, où il ait été mis en discussion. Voici dans quelles circonstances :

Lors de la cinquième séance de la conférence sucrière de Londres de 1887, l'un des délégués espagnols, M. Dupuy de Lôme, appela l'attention de la conférence sur l'état de défaveur où se trouverait sur un marché donné le sucre d'un pays qui n'encourage pas la production sucrière par des primes, au cas où il viendrait à être concurrencé par un sucre primé à la production. Il se demandait, en présence de cette situation, si le traitement de la nation la plus favorisée assuré au premier pays par le pays maître du marché considéré n'obligeait pas ce dernier à rétablir l'équilibre, en frappant à l'im-

portation le sucre primé de certains droits compensateurs.

Et sur la demande des membres de la conférence, les délégués espagnols rédigèrent la note suivante :

Les délégués de l'Espagne croient que la conférence ne doit pas se limiter à abolir les primes, elle doit aussi chercher une garantie de cette abolition. L'Espagne a eu beaucoup à souffrir par le système des primes, ayant perdu presque totalement, entre autres, le marché de la Grande-Bretagne, ne pouvant pas y lutter contre les sucres primés. Les délégués de l'Espagne considèrent que les primes, dans la pratique, équivalent à l'imposition d'un droit différentiel dans un marché tiers ; ils doutent que la clause de la nation la plus favorisée soit justement appliquée dans les pays qui admettent aux mêmes conditions les produits primés et ceux qui ne le sont pas. Ils croient même qu'il ne sera pas possible, à l'avenir, de faire des traités de commerce sans une garantie contre les primes.

Sans vouloir donner à cette manifestation la portée d'une proposition formelle, ils croient néanmoins qu'il serait très important que MM. les délégués soumissent ces idées à leurs gouvernements respectifs, afin de pouvoir considérer la situation qui sera faite dans tous les marchés aux sucres des pays qui ne donnent pas de primes et à ceux des pays qui en donnent.

Dans cet ordre d'idées, ils proposent que les H. P. C. considèrent s'il n'y a pas lieu à décider que les nations formant l'union sucrière s'engageassent à prohiber l'importation des sucres provenant des pays qui accorderaient des primes, ou à imposer un droit compensateur qui ne serait pas plus bas que le montant de ces primes (1).

1. *Livre Jaune*, p. 123.

La chose en resta là et de fait on ne pouvait admettre un principe aussi douteux et dont les conséquences eussent été fort complexes.

Il faut donc admettre que l'équilibre étant rompu, le pays concédant n'a pratiquement d'autre obligation vis-à-vis du pays assuré pour rétablir cet équilibre, que celle de lui communiquer trait pour trait les faveurs concédées au pays favorisé.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA CLAUSE EN MATIÈRES PRIVÉE

Cette clause, dont nous venons d'établir la portée coutumière, le caractère juridique et les lois d'application, a été fréquemment invoquée par les parties dans des litiges d'ordre essentiellement privé.

Dans quelle mesure leur prétention peut-elle se justifier ? et dans quelles limites une telle stipulation peut-elle produire des effets en pareille matière à supposer qu'elle en produise ? La réponse à ces deux questions fera l'objet du présent chapitre que nous diviserons en deux sections. Dans la première, nous nous appliquerons à les résoudre théoriquement et en fonctions des données d'ordre général que nous avons posées plus haut. Dans la seconde, nous examinerons méthodiquement les diverses décisions de jurisprudence parvenues à notre connaissance pour les critiquer, à la lumière des principes préalablement établis.

SECTION PREMIÈRE

THÉORIE GÉNÉRALE

La question de savoir dans quelle mesure les effets de la stipulation du traitement favorisé peuvent retentir dans un litige portant sur des matières privées suppose résolue de façon précise une question préalable. Quelle est l'exacte portée de la stipulation invoquée? Nous avons indiqué, en terminant l'étude historique de la portée coutumière de notre clause, que certaines formes de la stipulation étaient susceptibles de restreindre, de modifier ou d'étendre considérablement cette portée. Il nous faut donc établir tout d'abord l'ordre et la qualité des modifications que certaines formes de rédaction peuvent lui faire subir.

Nous avons remarqué, dans notre étude sur les généralités de notre sujet, que le traitement favorisé peut être, quant à son objet, stipulé sous trois formes essentielles : la forme déterminée, la forme spécialisée, la forme générale.

La forme déterminée qui stipule très exactement les faits auxquels sera tenu le co-contractant ne donne prise à aucune interprétation. Les parties sont tenues de s'accorder tels abaissements de droits

de douane, par exemple : elles ont satisfait à leur obligation aussitôt cet abaissement effectué. Une pareille stipulation ne peut produire aucun effet autre que celui qui est très précisément exprimé, et nous n'aurons pas lieu de nous en occuper. Elle est d'ailleurs assez rare.

Dans la forme spécialisée, qui est la forme courante et la seule, pour ainsi dire, qui se rencontre habituellement, les parties contractantes indiquent qu'elles adoptent le régime du traitement favorisé comme *modus vivendi* dans telle matière spéciale que leur convention indique et détermine en termes généraux. Dès lors il y a lieu de déterminer par une interprétation fondée sur des principes certains et des méthodes certaines les limites exactes du domaine visé par la spécialisation du traité invoqué.

La forme générale, plus rare encore que la forme déterminée, et qui se présente généralement dans les instruments transitoires, mérite encore davantage les rigueurs de l'interprétation.

Mais hâtons-nous d'indiquer que, bien souvent, la plupart du temps même, la lettre de la stipulation considérée ne suffit pas à révéler clairement l'intention des parties. Il faut alors recourir à des investigations plus étendues et notamment à une interprétation générale du traité lui-même qui permettra d'établir par le contexte la valeur de la clause qu'il contient. Aussi bien, après avoir étudié la valeur

des diverses formes de notre stipulation, serons-nous amené à déterminer la mesure dans laquelle cette interprétation du traité lui-même peut être nécessaire, quels principes devront la diriger et — question capitale — à qui appartiendra cette interprétation délicate.

§ 1. — VALEUR DES FORMES DIVERSES DE LA CLAUSE
DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

La formée déterminée n'appelant pas l'interprétation puisque sa valeur est certaine et fixe, notre tâche se réduit à l'étude de la forme générale et de la forme spécialisée.

A) *Forme générale.* — On ne peut connaître exactement sa valeur qu'en fonction du caractère et de l'esprit du traité qui la contient. Tantôt, en effet, il faut lui donner la portée coutumière telle que nous l'avons établie plus haut, c'est-à-dire spécialisée aux matières économiques et commerciales, et tantôt une portée plus vaste, et plus vague aussi, comparable à celle qu'elle avait dans certains traités d'alliance du xvii^e siècle, par exemple. Il semble bien en effet, que toujours ait persisté plus ou moins cette obligation de bienveillance générale et de traitement privilégié en toute matière que nous signa-

lions quand nous recherchions l'apparition de la clause. On pourrait peut-être trouver trace de ses effets dans un avis du Conseil de l'Empire de Russie accordant certains privilèges en matière d'accidents du travail aux pays qui jouissent en Russie du traitement favorisé (1).

Seul, l'examen de l'esprit général du traité peut permettre de déterminer celle de ces deux interprétations qui doit l'emporter en présence d'un cas concret.

B) *Forme spécialisée.* — Il y a de nombreuses spécialisations diverses. Nous nous occuperons principalement de celles qui nous intéressent le plus dans la présente étude : la spécialisation aux matières d'ordre privé qui répond essentiellement à nos recherches et la spécialisation aux matières économiques et commerciales qui représente le droit commun de notre clause.

Mais auparavant il importe de donner, en thèse générale, une règle de principe touchant les effets d'une spécialisation quelle qu'elle soit.

L'obligation contractée par les États signataires

1. Avis du Conseil de l'Empire accompagnant la loi du 12/15 juin 1903 (R. D. I. Pr., 1910, p. 336, n. 2) autorisant le ministre des Finances à étendre le bénéfice de cette loi exclusivement réservé aux ouvriers indigènes aux sujets des pays étrangers dans les traités conclus avec ce pays qui contiendront stipulation du traitement favorisé.

est, nous l'avons vu, une obligation de faire : c'est donc un fait ou l'établissement d'un état de fait que son exécution devra procurer. Or, ici l'état de fait stipulé et promis, c'est l'égalité de traitement avec un tiers ; et le moyen nécessaire et suffisant de son établissement consiste dans la communication des faveurs dont ce tiers peut jouir du fait de l'État concédant. Il s'ensuit donc que l'assuré pourra réclamer du concédant pour ses sujets, non seulement toutes les faveurs ressortissant directement à la matière qui fait l'objet de la spécialisation ; mais encore toutes celles ressortissant à une matière connexe quelconque et dont la concession a pu, *en fait* et quant à la matière visée dans la spécialisation, avantager les sujets de l'État favorisé au détriment des sujets de l'assuré.

Et, pratiquement, tandis que les premières doivent être étendues au pays assuré du fait même de leur concession au pays favorisé, les secondes ne sont exigibles de la part des sujets du pays favorisé qu'autant qu'ils en réclameraient l'extension en appuyant cette demande de la preuve pertinente :

a) De la connexité des matières.

b) De la situation de fait défavorable où les met leur concession par rapport aux ressortissants du pays favorisé dans la matière spécialement visée par le traité invoqué.

Cela posé, examinons séparément les divers cas de spécialisation.

1° *Spécialisation aux matières d'ordre privé*

Cette spécialisation est très rare. On peut citer comme exemple caractéristique celles stipulées sous l'article 3 du traité franco-suisse du 23 février 1882 (1), sous l'article 4 du traité franco-serbe du 18 janvier 1883 (2) l'article premier du traité franco-vénézuélien du 23 août 1903 (3) tous trois dénoncés ou inopérants, et sous l'article premier de la convention franco-colombienne du 30 mai 1892 (4) qui est encore en vigueur. Mais il faut se garder de la confondre avec certaines stipulations qui, spécialisées, en réalité, aux matières économiques et commerciales, contiendraient pourtant stipulation accessoire de certaines prérogatives de droit privé nécessaires au libre exercice du commerce (5).

1. De Clercq, XIII, 294.

2. *Ibid.*, XIV, 112.

3. A. C. Ext. 1904, 1^{er} 2^e 3^e fasc.

4. De Clercq, XIX, 461.

5. Comme exemple d'une telle stipulation, on pourrait citer l'article 44 du traité franco-anglais du 26 septembre 1786 qui, à première vue, semble viser la communication des droits privés considérés en eux-mêmes et qui ne les promet en réalité qu'en considération de la nécessité qu'il peut y avoir, pour les commerçants de ne pas être entravés dans leur négoce par certaines institutions telles que le droit d'aubaine et cætera (Cf. Comte de Barral, *Revue du Monde latin*, juin 1886, p. 135 et suiv). Sans

Pour résoudre cette difficulté préliminaire de savoir si l'on est bien en présence d'une clause spécialisée aux matières d'ordre privé, force est encore de recourir à une interprétation générale du traité qui contient la clause, voire à une enquête sur les circonstances de sa conclusion. Nous retrouverons plus loin ces difficultés relatives à l'interprétation du traité nécessaire pour déterminer l'exacte portée de la clause, contentons-nous donc pour l'instant d'indiquer la difficulté, sans rechercher les conditions de sa solution.

Mais la question étant résolue, quels effets doit produire une telle clause ?

La jurisprudence ne s'est prononcée qu'une fois sur les effets d'une pareille stipulation, et la Cour de cassation a paru admettre, dans un arrêt sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, qu'elle devait recevoir une application rigoureuse et littérale par l'extension aux ressortissants du pays assuré de tous

doute, de nos jours, de telles stipulations sont très rares et n'ont guère de raison d'être. Les étrangers jouissent en effet presque partout et presque toujours dans les pays civilisés de ces droits essentiels que les Romains appelaient le « commercium ». Aussi bien n'indiquons-nous le principe de cette distinction que pour mémoire. En effet, dans des matières aussi complexes, des difficultés pratiques qu'on ne saurait théoriquement prévoir sont toujours susceptibles de se présenter et nous croyons bon de maintenir le principe de cette distinction bien que son application puisse à vrai dire sembler tout à fait hypothétique.

les droits privés dont jouissent les ressortissants du pays le plus favorisé (1).

En principe, la logique de nos conclusions, aussi bien que la considération équitable de l'engagement pris par le concédant envers l'assuré, nous commandent de décider de même; mais il faut bien voir que, dans l'application, cet engagement contractuel peut entrer en conflit avec certaines règles d'ordre public qui rendent son exécution douteuse. C'est le cas ainsi que nous le verrons plus bas dans la jouissance des droits. Mais, sous réserve de l'examen approfondi de ces conflits et de leur juste solution, il faut décider dans le sens de la doctrine de la Cour de cassation.

2° *Spécialisation aux matières économiques
et commerciales.*

Pour identifier cette sorte de spécialisation qui est la plus courante et que nous considérons presque comme « de style », puisque nous interprétons la plupart du temps la forme générale de notre clause comme la forme ainsi spécialisée, n'y a pas lieu de se montrer circonspect comme dans le cas précédent.

Ainsi spécialisé c'est sur les matières douanières principalement, et en général sur des matières res-

1. La doctrine paraît être dans le même sens, quant au principe tout au moins. Cf. Jordan, *la Concession diplomatique des droits civils* (Rev. Dr. Int. Pr., 1910, p. 1038).

sortissant au droit public, que le traitement de la nation la plus favorisée doit produire ses effets. Mais le commerce intéresse mille matières ressortissant au droit privé dans lesquelles l'égalité très générale de traitement stipulé par la clause moderne n'est pas moins nécessaire pour atteindre le but poursuivi par les parties contractantes. Dans ces matières connexes au commerce le traitement de la nation la plus favorisée devra produire des effets dans les termes que nous indiquons plus haut, c'est-à-dire dans la mesure où son application sera nécessaire pour éviter à un commerce assuré dans la personne de ses agents naturels : les commerçants, un traitement différentiel défavorable.

Mais alors — il faut préciser cette nuance assez subtile dont les conséquences sont remarquables — ce n'est plus à un ressortissant étranger pris en tant que personne privée que l'extension des faveurs est accordée ; mais bien à un commerçant considéré dans sa qualité spéciale d'agent du commerce assuré.

D'où découle la nécessité pour le commerçant qui réclame certains avantages, en vertu d'une stipulation du traitement favorisé spécialisé aux matières économiques, de faire une double preuve à l'appui de sa prétention :

a) Celle de sa qualité de commerçant, qualité qui devra être établi suivant les règles édictées par son

statut personnel évidemment car, en l'espèce, il s'agit uniquement de savoir quelles personnes le pays assuré a pu, en contractant, considérer comme agents de son commerce.

b) Celle de l'intérêt général que peut avoir le commerce du pays auquel il appartient à ce que ses agents jouissent des avantages de droit privé dont il demande communication.

3° *Spécialisations diverses*

On peut citer encore comme fréquente la spécialisation relative à la protection de la propriété artistique et littéraire et des œuvres de l'esprit. Elle ne soulève aucune difficulté spéciale et les principes que nous venons d'établir semblent devoir très exactement régler ses effets. De même la spécialisation relative à la protection de la propriété industrielle. Les difficultés les plus graves que cette dernière puisse soulever regardent l'application même du traitement favorisé. La plupart du temps en effet cette protection est établie par voie de conventions d'union et nous avons indiqué plus haut notre sentiment sur la communicabilité à un tiers non-unioniste des avantages garantis aux unionistes par leur convention (1).

Il nous faut enfin citer un genre de spécialisation

Cf. pp. 68 sq.

particulière et assez rare dont nous rencontrons un exemple dans un accord franco-italien exprimé par la déclaration du 28 octobre 1912 :

Le gouvernement de la République Française et le Gouvernement Royal d'Italie, désireux d'exécuter dans l'esprit le plus amical leurs accords de 1902, confirment leur mutuelle intention de n'apporter réciproquement aucun obstacle à la réalisation de toutes les mesures qu'ils jugeront opportun d'édicter, la France au Maroc et l'Italie en Libye.

Ils conviennent de même que le traitement de la nation la plus favorisée sera réciproquement appliqué à la France en Libye et à l'Italie au Maroc, le dit traitement devant s'appliquer de la manière la plus large aux nationaux, aux produits, aux établissements et aux entreprises de l'un et de l'autre État sans exception (1).

Cette spécialisation cumulative qui embrasse plusieurs matières et prend, de ce fait, un caractère plus énumératif que limitatif est pratiquement identique selon nous à une stipulation de forme générale et doit s'interpréter comme elle, c'est-à-dire, suivant la nature de la convention qui la contient et les circonstances de sa conclusion tantôt comme spécialisée aux matières économiques et commerciales, tantôt comme établissant ces rapports généraux de bienveillance réciproque que notre clause semble bien avoir eu pour objet de stipuler à l'origine. Mais, dans ce cas encore, il est nécessaire de connaître l'esprit du traité où la clause est écrite.

1, Journal *Le Temps*, 30 octobre 1912.

§ 2. — INTERPRÉTATION DU TRAITÉ

Nous venons de voir que, sans compter des cas douteux de toute nature qu'on ne saurait aucunement prévoir, l'interprétation générale du traité est indispensable, dans certains cas bien déterminés, à l'interprétation particulière de la clause de la nation la plus favorisée qui y est contenue : par exemple quand cette clause se présente sous la forme générale ou sous la forme spécialisée aux matières d'ordre privé ou encore sous la forme de spécialisation cumulative, c'est-à-dire, en un mot, dans tous les cas où la clause n'est pas stipulée sous sa forme de droit commun qui est la forme spécialisée aux matières économiques et commerciales.

Bien souvent donc, pour ne pas dire presque toujours, il est nécessaire pour confirmer la nature de la spécialisation qu'on envisage, et fixer la portée de la clause ainsi stipulée de se reporter au caractère général du traité qui la contient. La plupart du temps son caractère n'est pas équivoque et cet examen se réduit à rien ; mais il n'en va pas toujours de même et des cas peuvent se présenter où la solution de cette question nécessite une attention et des recherches plus profondes (1).

On peut, pour baser cette interprétation, consulter

1. Comme exemple d'interprétation, cf. note BARTIN sous Bourges, 19 janvier 1899. D. 1902, 2, 57 sq. et spécial. p. 61 col. 1.

par exemple le préambule du traité, le titre sous lequel il a été promulgué par les parties contractantes, opinion douteuse à notre sens, adoptée par le tribunal de Nice le 29 avril 1908 (1), ou même les circonstances générales de sa conclusion.

Mais alors quelle autorité sera compétente pour mener une enquête aussi vaste, aussi complexe et portant sur des faits ressortissant à des domaines aussi variés ?

La question n'est pas des plus simples. En effet nous sommes ici en présence d'une clause très spéciale qui, par bien des points, échappe au droit normal ; et d'autre part nous envisageons une question de pur droit privé. Or, on sait qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation reproduite encore récemment dans un arrêt de la Chambre criminelle du 23 février 1912 admet que l'interprétation des traités diplomatiques promulgués en France et ayant comme tels force de loi appartient aux tribunaux lorsqu'il s'agit de la solution d'un litige d'intérêt privé ; mais que s'il s'agit d'en fixer le sens et la portée au point de vue du droit international public, les conventions de cet ordre ne peuvent être interprétées que par les gouvernements même entre lesquels elles sont intervenues (2).

1. R. D. I Pr. 1911, p. 386.

2. Crim., 23 fév. 1912. Min. Public. Contre King (*Gazette du*

Cette règle n'est que l'expression même du bon sens. Voyons à quelles conclusions nous conduira son application à notre matière : a) en ce qui concerne la détermination de l'exacte portée de la stipulation ; b) en ce qui concerne l'effet du traitement favorisé sur la solution du litige.

a) *En ce qui concerne la détermination
de l'exacte portée de la stipulation*

Si nous faisons de la règle adoptée par la Cour de cassation une application exacte et littérale il faudrait admettre que l'interprétation du traité appartiendrait en tous cas au tribunal du moment que c'est un intérêt d'ordre privé qui fait l'objet du litige. Devrons-nous ainsi en décider lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité pour connaître la portée du traitement favorisé qu'il stipule ? Nous ne le pensons pas car, *en fait*, il suffit de se référer à l'histoire de la pratique pleine d'incohérence de notre clause pour reconnaître que la lettre seule du traité ne peut indiquer que d'une manière tout à fait imparfaite et souvent très trompeuse l'intention réelle des parties contractantes.

Aussi bien estimons-nous que, tout en gardant

Palais, 1912, t. I, p. 454 et voir la jurisprudence antérieure, en note sous l'arrêt).

d'ailleurs en principe son pouvoir d'interprétation intégral, le tribunal devra, pour s'entourer des renseignements et connaître les éléments de fait qui lui permettront d'interpréter sainement, interroger par l'intermédiaire du Ministère Public le pouvoir exécutif sur la véritable portée du traité qui lui est soumis. C'est dans ces conditions d'ailleurs que la Cour d'Aix s'est appuyée pour motiver un arrêt du 9 juillet 1903 sur une dépêche du ministère de la Justice portée à sa connaissance par l'intermédiaire du Ministère Public (1).

Mais nous irons même plus loin et nous nous demanderons si le pouvoir d'interprétation du tribunal, à supposer même connues de lui les données de fait nécessaires, le rendrait habile à trancher le délicat et subtil problème que l'examen de la coutume historique nous a conduit à poser. Et, par exemple, si l'on se trouve en présence d'une clause spécialisée aux matières économiques stipulée vers la fin du xix^e siècle, c'est-à-dire dans cette période de transition où la clause, de purement douanière qu'elle paraît avoir été vers 1860 était en train d'étendre sa portée à tout ce qui intéresse l'exercice du commerce, le juge, même parfaitement renseigné sur les circonstances historiques, pourra-t-il valablement se prononcer sur une question que l'un des contrac-

1. Cf. D., 1905. 2. 73.

tants ou même les contractants d'accord paraissent seuls en mesure de résoudre avec quelque autorité ?

La question est fort difficile (1) et nous hésitons beaucoup pour notre part à admettre qu'un tribunal puisse même songer à la résoudre. Dans tous les cas, nous ne pouvons que conclure à ce que le tribunal saisi d'une demande ou d'une réplique fondée sur le traitement de la nation la plus favorisée interroge, par la voie ordinaire, le département administratif compétent sur la portée exacte de la stipulation invoquée par l'une des parties.

b) *En ce qui concerne son effet sur la
solution du litige*

Il peut sembler, au premier abord, superflu d'envisager l'interprétation du traité à ce point de vue, car qui connaît la portée d'une clause peut en déterminer les effets. Mais ce raisonnement n'est vrai en ce qui concerne notre clause que s'il s'agit d'elle, considérée sous sa forme spécialisée aux matières d'ordre privé. Là son caractère étant établi, ses effets suivent naturellement dans le sens que nous avons indiqué plus haut et dans les limites que nous aurons à préciser plus bas. Mais il n'en va

1. Cf. Note Lyon-Caen, sous Cassation, 14 mai 1895. S., 1896, 1, 161.

plus de même s'il s'agit des effets en droit privé d'une clause spécialisée aux matières économiques et commerciales. Il ne s'agit plus là, en effet, de personnes privées ainsi que nous l'avons montré plus haut, mais de la condition d'un commerce étranger considéré dans ses agents. La communication de certains droits privés à ces agents est en effet subordonnée entre autres preuves à celle de l'intérêt général que peut avoir le pays dont le réclamant est ressortissant à ce que les agents de son commerce jouissent desdits avantages d'ordre privé. Or voici la question que cette situation spéciale nous oblige à nous poser : le juge privé qui, accidentellement, peut avoir qualité pour exiger cette preuve, a-t-il qualité pour décider sur les intérêts de commerces étrangers concurrents ? Nous ne le pensons pas. Les parties litigantes invoquant le préjudice d'ordre général que le commerce de leur pays subirait en leur personne, c'est en dernière analyse un litige d'ordre public qui est soumis au tribunal et que ce dernier ne peut trancher que s'il y est habilité par un avis formel du pouvoir exécutif, seul qualifié pour décider en pareille matière et seul apte d'ailleurs à réunir les éléments d'appréciation nécessaires à une telle décision.

SECTION II

ANALYSE CRITIQUE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE

L'étude doctrinale de la clause, de la notion la plus favorisée nous a mené à des conclusions qui peuvent pratiquement se résumer ainsi : la clause est une stipulation de l'ordre le plus général qui peut s'appliquer aux relations internationales de droit privé, selon deux modes distincts :

Elle s'y applique *en principe* quand, à raison de sa forme même, elle a le droit privé pour objet, et dans ce cas son application sera obligatoire pour le tribunal comme pour les parties ; tout traité régulièrement promulgué ayant force de loi.

Elle s'y applique encore, mais différemment, quand elle affectera — ce qui est le cas le plus fréquent — le caractère d'une stipulation de droit public ayant pour objet l'établissement d'un régime économique et commercial donné.

Elle est alors d'une application facultative et subordonnée à la preuve de l'influence que ses effets en matière de droit privé peuvent produire sur les rapports de droit public considérés.

Ces deux règles sont trop générales pour être immédiatement pratiques ; mais nous étions tenus

de rester, au point de vue doctrinal, dans cette généralité : car il s'agissait avant tout d'éclaircir la complexité extrême de notre question en simplifiant ses données. Il y a lieu, en effet, de tenir compte de deux ordres de difficultés assez ardues : celles qui naissent des rapports juridiques internationaux quels qu'ils soient, et celles qui naissent des rapports étroits du droit public et du droit privé en matière de commerce international.

La combinaison de ces difficultés peut donner lieu à mille cas des plus subtils et des plus compliqués qu'on ne saurait prévoir ni même imaginer.

C'est pourquoi nous tenions uniquement dans notre première partie à dégager des notions simples et claires propres à diriger l'examen des cas, sinon à résoudre par avance dans le détail tous les problèmes qu'ils posent.

Nous nous proposons donc maintenant d'examiner à la lumière des principes établis plus haut les différentes espèces que les tribunaux ont dû résoudre et dont la jurisprudence nous fournira le thème.

Nous passerons la jurisprudence en revue suivant un plan méthodique dont voici les divisions capitales :

- 1^o Jouissance de droits ;
- 2^o Conflits de lois ;
- 3^o Compétence ;

4° Protection de la propriété artistique et littéraire ;

5° Matières pénales.

JOUISSANCE DE DROITS

Nous avons indiqué plus haut que le traitement favorisé, stipulé sous la forme spécialisée aux matières d'ordre privé, doit avoir pour effet de communiquer impérativement aux nationaux du pays assuré le traitement dont jouissent les ressortissants du pays le plus favorisé en matière privée. Mais nous signalions, par avance, certaines réserves que nous devons développer ici et certaines exceptions qu'il nous faut maintenant préciser.

C'est que, en effet, en matière de *jouissance de droits* au sens strict, les effets normaux de notre clause paraissent entrer en conflit avec les principes généraux énoncés dans l'article 11 du Code civil et qui règlent la « jouissance de droits » en droit international français.

L'article 11 du Code civil a pour base le principe de la réciprocité diplomatique, en vertu duquel un étranger jouit, en France, des droits dont les Français jouissent en vertu des traités, dans le pays auquel il appartient.

Faut-il admettre des dérogations à ce principe, par-

le jeu de notre clause qui aurait pour effet d'étendre certains privilèges aux ressortissants de pays, dont les traités ne nous assurent pas un traitement réciproque ?

Telle est la donnée du conflit apparent que nous allons préciser et discuter.

De deux choses l'une. Ou bien les traités du pays, auquel appartient le demandeur, accordent aux Français le droit dont son ressortissant demande communication, en vertu du traitement favorisé et, dans ce cas, la jouissance lui en est acquise en vertu même de l'article 11, et sans qu'il ait aucunement besoin d'invoquer le bénéfice de notre clause.

Ou bien le pays du demandeur n'accorde pas aux Français le droit dont il réclame communication, et que décider en ce cas ? L'étranger en question devrait-il jouir, en vertu de la clause du droit que son pays d'origine n'accorde pas aux Français ? Ou lui en refusera-t-on la jouissance en donnant pour raison le défaut de cette condition essentielle : la réciprocité ? Mais dans ce cas l'assuré pourrait, semble-t-il, objecter que la seule réciprocité qui importe en l'espèce est celle du traitement favorisé dont il réclame aujourd'hui l'application à son profit et aux obligations de laquelle il ne se dérobera pas demain, si l'occasion de l'appliquer au profit de son co-contratant vient à se présenter.

Et c'est bien en cela que réside le conflit que nous

signalions plus haut. Deux sortes de réciprocité sont en présence : celle de l'article 11 qui est spéciale et « commutative » si l'on peut dire ; l'autre générale et aléatoire, résultant de la stipulation du traitement réciproque sur le pied de la nation la plus favorisée. Laquelle doit prendre le pas sur l'autre ? Celle de l'article 11, répondent la plupart des auteurs, et des tribunaux qui ont signalé cette difficulté et clairement envisagé la question (1).

Mais d'un autre côté il est possible, peut-on objecter, que le traitement favorisé accordé par le co-contractant soit précisément interprété par lui dans le sens le plus large et produise effets en matière de jouissance de droits, de telle sorte que cette jouissance que des traités ne stipulent pas expressément, existe en fait par suite du jeu normal de la clause. Serait-il juste, dans ces conditions, de refuser aux nationaux du pays en question la jouissance, en vertu de la clause, de droits dont leur pays accorde la jouissance au concédant en vertu même de cette clause réciproque ?

Ce qui revient à poser la question suivante : l'article 11 doit-il être interprété en ce sens que les droits dont les Français jouiraient par l'effet de la clause

1. Cf. notamment Malapert, *Gaz. Trib.*, 2 août 1888, p. 2, col. 1. — Trib. de Thonon, 19 janv. 1900. S. 1901. 11. 73. — Req., 27 janv. 1903. S. 1904. 1. 81.

puissent servir de base au jeu de la réciprocité diplomatique dont il consacre le principe ?

Nous ne le pensons pas. Ce serait, en effet, méconnaître pleinement l'utilité de l'adoption par le législateur du principe de la réciprocité diplomatique. Ce principe a pour raison d'être, de permettre un contrôle constant des droits dont on accorde la jouissance aux étrangers en France.

Or, l'essence même de la stipulation du traitement favorisé dont nous avons assez montré le caractère aléatoire s'oppose à ce contrôle, et détruirait toute l'économie de notre droit international sur ce point, ce qui ne se peut admettre.

Nous nous rangeons donc à l'avis suivant, lequel l'étranger ne saurait jouir en France, même en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, d'un droit que les traités de son pays n'accordent pas à nos nationaux.

Mais nous motiverons cette opinion par des arguments légèrement différents de ceux développés par l'auteur et la jurisprudence cités plus haut. Selon nous, la règle de l'article 11 ne supprime nullement le droit du pays favorisé, mais elle se combine avec lui pour le limiter, dans la mesure exacte où il se trouverait limité si le traitement favorisé avait été stipulé sous la forme « américaine », ou mieux encore (car la réciprocité américaine n'est le plus souvent qu'une réciprocité d'équivalence) sous la

forme qu'il affecte dans un traité récent : la convention franco-russe du 14 avril 1912, relative à la protection de la propriété artistique et littéraire (art. 19). (1)

Mais remarquons, d'autre part, que rien ne s'oppose à la communication aux commerçants étrangers de la jouissance de certains droits qui mettraient un commerce concurrent dans une situation préférable à la leur.

L'application du traitement favorisé par voie de connexité à la matière considérée étant une conséquence de fait nécessaire, n'est gouvernée que par les règles de la logique et de la nécessité pratique : par là elle domine les règles de droit pur et échappe à leur effet restrictif.

Ceci posé, passons à l'examen de la jurisprudence.

Les questions rentrant sous cette rubrique sont nombreuses ; mais les tribunaux n'ont pas eu l'occasion d'examiner l'effet de la clause de la nation la plus favorisée relativement à tous les droits civils dont les étrangers ne jouissent pas en France en vertu du droit commun.

Nous ne nous occuperons que de ceux sur lesquels nous possédons des documents de jurisprudence.

Au point de vue de la jouissance des droits, nous

1. Cf. *Journ. off.*, 9 juin 1912, p. 5110.

aurons à examiner sous ce chapitre les questions suivantes :

- 1° Jouissance des droits pour les sociétés commerciales ;
- 2° Hypothèque légale de la femme mariée ;
- 3° Libre accès des tribunaux.

1° *Sociétés Commerciales*

La question s'est fréquemment posée de savoir si les sociétés commerciales ont le droit de jouir des droits stipulés au profit des sujets par la clause de la nation la plus favorisée.

Doctrine affirmative. — (Note Huvelin sous Cassation, 14 mai 1895. *Annales du droit commercial*, 1896, page 52.)

Négative. — Thaller, *Les compagnies françaises d'assurance et le gouvernement d'Alsace-Lorraine.* — Lyon-Caen (Note sous Cassation, 14 mai 1895, S., 1896. 1. 161.)

Le principal argument de la négative repose sur ce fait, évident d'ailleurs, que les deux catégories de personnes ne sont pas identiques quant aux sources de leur existence et ne sauraient par suite être semblablement traitées. En effet, les sociétés n'ont de vie qu'autant que le pouvoir souverain veut bien leur en

donner en leur conférant la personnalité morale et, par suite, cette existence subordonnée à une concession souveraine doit cesser hors du domaine d'action de la souveraineté, qui l'a concédée, d'autant que cette concession est déterminée par des motifs d'ordre public (1).

L'affirmative se place sur un terrain différent. Il est bien difficile, disent ses partisans, d'admettre qu'un principe convenu pour base des relations économiques perde toute application à l'égard des sociétés qui, dans le monde moderne, sont précisément les agents les plus puissants du commerce et, particulièrement, du commerce international.

Il faut, à notre avis, admettre suivant les cas l'une ou l'autre de ces opinions.

Les arguments sur lesquels s'appuie la première sont indiscutablement très forts. Aussi bien pensons-nous qu'il faudrait adopter ses conclusions en présence d'une demande de communication de privilège formée par une société étrangère en matière privée en vertu d'une clause spécialisée aux matières d'ordre privé. C'est-à-dire, s'il s'agissait d'une application par voie directe de notre clause.

Mais, d'autre part, s'il s'agissait d'une demande de communication de privilèges d'ordre privé en vertu d'une clause spécialisée aux matières économiques,

1. Cf également HEROD *Favored nation treatment an analysis of the most favored nation clause*. New-York, 1901 pp: 39-40 § 41, n. 1 ap. CAVARETTA, *op. cit.*, (2^e éd.). p. 233 pr. et n. 1.

c'est-à-dire par voie de connexité à ces matières, et moyennant la preuve du préjudice qu'un refus pourrait porter au commerce assuré, il faudrait sans aucun doute accorder cette communication. Dans ce cas, en effet, ce n'est plus en droit strict, ainsi que nous l'avons montré plus haut (1), mais bien en fait qu'il faut apprécier la situation. Or, la société régulièrement constituée en pays étranger se présente à l'égard du concédant comme un fait irréductible, et l'on ne saurait douter que l'assuré l'ait comptée, en stipulant au nombre des agents de son commerce auxquels il voulait assurer le traitement favorisé.

La jurisprudence est presque unanime dans l'affirmative :

Citons :

Lyon, 13 décembre 1889. *Geigy et Otto* contre *Badische Anilin und Soda Fabrik* (2), dont voici quelques considérants :

... Considérant que cette clause (art. 11 du traité franco-allemand du 10 mai 1871), conçue dans les termes les plus larges, ne saurait recevoir une interprétation restrictive, que le régime de la nation la plus favorisée y a été adopté d'une manière générale pour servir de règle à toutes les relations commerciales des deux pays ; qu'il doit dès lors nécessairement s'appliquer au libre exercice des droits des sociétés commerciales qui est une des conditions du commerce...

1. Cf. *supra*, p. 107.

2. Clunet, 1892, p. 479.

Paris, 22 décembre 1893. *Eisenwerk Gaggenau* contre *Kratz Boussac* (1). La Cour de Paris étend à une société allemande, en vertu de l'article 11 du traité de Francfort, la jouissance des droits dont bénéficient en France les sociétés anglaises en vertu de la convention du 30 avril 1862, considérant :

... Qu'il n'y a lieu à cet égard de distinguer entre les personnes civiles et les personnes naturelles, et que les stipulations ci-dessus visées s'appliquent indistinctement aux unes et autres...

Et enfin Cassation (Ch. civ.), 14 mai 1895. *Banque d'Alsace-Lorraine* contre *Nunez et autres* (2).

Vu l'article 11 du traité de Francfort du 10 mai 1871 — Attendu que le droit accordé par cette disposition aux sujets allemands d'être admis et traités en France comme les Français en Allemagne et d'y jouir de tous les avantages assurés à la nation la plus favorisée, ne comporte aucune distinction ni à raison des personnes morales aussi bien que des personnes physiques, ni à raison des choses qui font l'objet du traité...

La note Lyon-Caen sous cet arrêt se demande si les États contractants n'ont pas visé surtout, en stipulant l'article 11 du traité de Francfort, une réglementation exclusivement ou presque exclusivement douanière.

Personnellement nous estimons qu'une telle idée

1. Clunet, 1893, p. 591.

2. S. 1896. 1. 161.

peut difficilement venir à l'esprit en présence du texte ; mais nous pouvons fort bien nous tromper et d'ailleurs nous pensons que seul le département administratif compétent peut trancher, soit par lui-même, soit d'accord avec le co-contractant, cette délicate question. Remarquons seulement que M. Lyon-Caen pose bien nettement, par son objection, la question sur son véritable terrain.

— Dans le sens de la négative, nous trouvons un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 4 avril 1892 (1) et un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} juillet 1893 concernant tous deux l'espèce *Banque d'Alsace* contre *Nunez et autres* et dont la décision fut cassée par l'arrêt du 14 mai 1895 (Cass. civ.) cité plus haut.

Citons à titre documentaire l'argumentation que la Cour reprend à son compte, puisqu'elle n'ajoute aucun argument :

Attendu... qu'en effet le mot « sujet » s'entend des personnes physiques et ne désigne point, dans l'usage, des êtres moraux tels que les Sociétés anonymes ; qu'ainsi le comprendraient les négociateurs puisque le protocole intervenu le 4 novembre 1871 précisément pour l'interprétation de cette partie du traité de Francfort a décidé que la situation des Sociétés anonymes d'Alsace-Lorraine ne pourrait être réglée par une entente diplomatique...

(Cet argument relatif au protocole du 4 mai 1871 est clairement réfuté dans l'arrêt du 4 mai 1895.)

1. *J. Dr. I. Pr.* 1892 p. 1026.

2° *Hypothèque légale de la femme mariée*

La question de savoir dans quelles conditions la femme mariée étrangère peut jouir de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France est difficile et controversée.

Pour la plupart, c'est une question de jouissance de droits.

M. Pillet soutient au contraire dans une note sous Req., 27 janvier 1903 (1), que c'est une question de conflit de lois.

Si l'on admet l'opinion commune, la clause de la nation la plus favorisée ne produira pratiquement aucun effet.

Si nous nous plaçons en effet dans le cas d'une clause spécialisée aux matières économiques et commerciales, il est bien certain qu'aucune connexité n'est *a priori* concevable entre le droit général d'hypothèque accordé par la loi française à la femme mariée sur les immeubles de son mari et l'exercice d'un commerce étranger en France.

Si nous nous plaçons au contraire dans le cas d'une clause spécialisée à la jouissance des droits civils, nous avons vu que la combinaison de l'article 11 du Code civil, avec le traitement favorisé, annule pratiquement les effets de ce dernier à l'égard d'un pays

1. Sirey, 1904. 1. 81.

dont les traités n'accorderaient pas à la femme mariée française dans le ressort de leur souveraineté la jouissance de l'hypothèque légale sur les biens de son mari. L'Italie, en vertu du traité franco-sarde de 1760-1860, et la Turquie en vertu du protocole du 9 juin 1868 confirmant la loi du 7 sepher 1284, se trouvent dans ce cas ; mais les femmes italiennes et turques, pour obtenir en France la reconnaissance de leur hypothèque légale, n'ont nullement besoin d'invoquer le traitement favorisé, il leur suffit d'invoquer l'article 11 du Code civil. Et la jurisprudence a formellement consacré leur droit sur ce point.

Si l'on admet, au contraire, l'opinion de M. Pillet, il y a lieu de considérer que le ressortissant d'un pays assuré du traitement favorisé en matière civile peut demander, en vertu de ce traitement, l'application de la règle de conflit la plus favorable (1), sauf le cas où cette règle ne serait pas une règle donnant la préférence à l'une des lois en conflit ; mais une règle conventionnelle résultant d'une union internationale à laquelle le pays assuré réclamant n'a pas été partie (2).

Voyons la jurisprudence.

A notre connaissance, elle se réduit aux trois décisions rendues sur une même espèce par les deux degrés de juridiction et par la Cour de cassation :

1. Cf. *infra*, p. 119.

2. Cf. *supra*, p. 69.

jugement du tribunal de Thonon ; arrêt de la Cour de Chambéry ; arrêt de la Chambre des requêtes.

Une femme suisse demandait à être colloquée dans un ordre ouvert à Thonon sur le prix de vente des biens de son mari, par préférence à tous autres créanciers, à raison de l'hypothèque légale dont elle prétendait jouir. Elle invoquait notamment la clause de la nation la plus favorisée stipulée dans une convention franco-suisse du 23 février 1882, prétendant qu'elle lui donnait les mêmes droits que ceux résultant pour les femmes espagnoles et serbes des traités du 6 février 1882 et du 18 janvier 1883.

Sa demande échoua. Elle devait, selon nous, échouer, et cela pour des motifs que les tribunaux saisis de litige exprimèrent fort bien.

Le tribunal de Thonon, dans son jugement du 19 janvier 1900 (1) estime, que :

1^o La clause usitée surtout dans les traités de commerce est très souvent surrogatoire.

2^o Que, exprimée en termes généraux et ne visant pas un droit déterminé, elle doit être privée d'influence sur la condition des étrangers.

3^o Que, en tous cas, elle doit être sans effet, les conditions d'application de l'article 11 du Code civil étant générales et ne pouvant, à raison des principes fondamentaux qui en sont la base, comporter aucune exception.

Les deux premiers arguments nous semblent super-

1. S. 1901, 2, 73.

ficiellement déduits, surtout en l'espèce. L'article 6 du traité franco-suisse, du 23 février 1882 est, en effet, rédigé dans une forme particulièrement précise et qui, selon nous, concède la jouissance du traitement favorisé dans la plus large mesure pour tout ce qui regarde le droit privé. Nous pensons que le ministère des Affaires étrangères, questionné sur ce point, aurait donné une solution différente, et c'est là un argument de plus en faveur de la nécessité de fait d'interroger le Pouvoir exécutif que nous avons posée plus haut.

Quant au troisième argument, nous nous sommes suffisamment expliqué plus haut sur les raisons qui nous semblent l'appuyer, pour n'y pas revenir.

La Cour de Chambéry, dans son arrêt du 10 juillet 1900, s'est contentée sans discuter le principe, de faire remarquer, et ce, à bon droit, que le moyen manquait en fait, les femmes espagnoles et les femmes serbes ne jouissant pas en France de l'hypothèque légale, ainsi que le prétendait l'appelante.

La Chambre des requêtes a repris cet argument à son compte.

On peut citer encore une autre affaire dans laquelle une femme étrangère a demandé la jouissance de l'hypothèque légale en vertu du traitement favorisé ; mais elle présente moins d'intérêt à notre point de vue, le moyen tiré du traitement favorisé n'étant que subsidiaire et n'ayant même pas été examiné par le

tribunal qui a donné gain de cause à la défendresse en vertu de l'article 11 du Code civil. Il s'agissait d'une femme turque (1).

Le substitut, dans son rapport, avait cependant examiné la valeur de ce moyen et l'avait rejeté sans y prêter grande attention, parce que « la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique qu'aux matières commerciales ». Cette opinion était d'ailleurs défendable, semble-t-il, en l'espèce, le traité invoqué étant le traité franco-turc de 1802.

3° Libre accès des tribunaux

Toujours sous réserve de la réciprocité diplomatique exigée par l'article 11 du Code civil, il faut admettre que la clause, sous sa forme spécialisée aux matières d'ordre privé, doit procurer aux ressortissants du pays assuré le libre accès des tribunaux dans la mesure où les ressortissants du pays le plus favorisé peuvent en jouir. Ainsi jugé par la Chambre des requêtes dans une affaire *Fonseca y Guimares contre Da Gama*, dans son arrêt du 22 juillet 1886 ainsi motivé :

...Attendu que des dispositions combinées de l'article 6 du traité de 1826 et de l'article 2 de la convention diplomatique de 1869, il résulte que dans les contestations entre Brésiliens

1. Princesse Roukia c. consorts Ben-Aïad, *le Droit*, 25 mars 1888.

qui seraient tous domiciliés en France, il est permis au demandeur de saisir le tribunal du domicile du défendeur, sans que les juges puissent refuser de juger et se déclarer incompétents à raison de l'extranéité des parties contestantes (1).

Cet arrêt confirmait un jugement du tribunal de la Seine du 17 mai 1884, confirmé lui-même le 5 mars 1885 par la Cour d'appel qui en avait adopté les motifs.

Il nous semble mériter quelques graves critiques, car il passe par préterition toutes les difficultés que nous venons de signaler et de discuter. En effet, le traité invoqué, celui de 1826, ne contient aucune stipulation accordant le libre accès à nos nationaux ; la réciprocité exigée par l'article 11 faisait donc totalement défaut, et le traitement favorisé ne pouvait leur être, par suite, assuré en pareille matière.

*
* *
*

II. — CONFLITS DE LOIS

Avant d'aborder l'étude des trois espèces que nous fournit la jurisprudence relativement à l'effet de la clause en matière de conflits de lois, il nous semble

1. D. 1887. I. 224.

intéressant de discuter en principe l'application qu'elle peut avoir en pareille matière.

Indiquons d'abord nettement, en vertu des données générales que nous avons établies plus haut, que rien ne s'oppose à cette application en tant que la est clause stipulée spécialement pour les matières d'ordre privé. Le concédant s'est engagé à maintenir intacte la situation de l'assuré en tant qu'elle est semblable à celle du pays le plus favorisé. Si telle ou telle règle de conflit établie au profit d'un tiers pays quelconque était de nature à rompre l'égalité garantie, il serait tenu strictement d'en étendre à l'assuré le bénéfice intégral.

Notons cependant, ici que certaines dispositions de conflit sont la conséquence d'une convention internationale par laquelle les parties contractantes adoptent sur la matière considérée une règle uniforme et commune. Dans ce cas, et toujours en vertu des principes posés plus haut (1), un pays qui n'est pas partie à la convention ne saurait aucunement réclamer l'extension de cette règle à son profit en vertu de la clause de la nation la plus favorisée.

Cela posé, voyons la jurisprudence.

Les trois seules espèces relatives à la matière des conflits de lois proprement dits concernent les successions.

1. Cf. p. 69.

Dans la première, c'est la validité d'un testament olographe fait en France en la forme privée étrangère qui est en cause. Une Anglaise avait testé en France en la forme privée anglaise et l'on invoquait à l'appui de la validité de son testament l'article premier du traité franco-anglais du 28 février 1882 qui stipule pour les Anglais le traitement favorisé en ce qui concerne le droit d'acquérir et de disposer. Ce texte, rapproché de l'article 10 du traité franco-russe du 1^{er} avril 1874 relatif aux successions obligeait, selon les demandeurs, à régler la succession suivant les lois anglaises. Leur prétention fut à bon droit rejetée pour la raison que le traité de 1882 ne s'applique qu'aux matières commerciales (1).

La seconde espèce est relative au droit de prélèvement (loi du 14 juillet 1819).

La question qui se posait dans cette affaire dont il serait oiseux d'exposer toute la donnée qui est un peu complexe, était celle de savoir si la succession d'un Russe échappe au droit de prélèvement en vertu notamment de l'article 3 du traité de commerce franco-russe du 1^{er} avril 1874 qui porte stipulation du traitement favorisé.

Le tribunal de Nice répondit négativement le 29 avril 1908 en faisant remarquer : 1^o Que le traité

1. Orléans, 24 février 1904, *Viditz contre Gesling*. Pand., 1904. V. 38.

invoqué concernait uniquement le commerce et la navigation ; 2° que, en tout cas, ce traité n'aurait pas pu avoir pour effet d'abroger à l'égard des Russes la loi du 14 avril 1819.

La Cour d'Aix confirma le 7 mars 1910 ce jugement en faisant valoir la valeur d'ordre public du principe de l'égalité des copartageants dont le prélèvement est le corollaire, et diverses raisons de fait empêchant d'admettre la substitution de la règle du traité de 1874 à la loi de 1819.

Ces décisions reproduites par la *Revue de droit international privé* (1) sont suivies d'une note de M. Chervet dans laquelle il discute le principe même de l'application et des effets de notre clause en pareille matière.

Il émet quelques doutes sur son applicabilité « en matière de législation civile », opinion qui nous paraît discutable, car il est hors de doute que quelque rares qu'ils soient, il est des cas où elle doit produire effet en ces matières.

Dans l'espèce qui nous occupe, deux arguments également forts et dont nous avons prévu le jeu dans notre première partie, permettaient d'écarter une application de toute évidence inadmissible : c'est la qualité du traité invoqué qui ne répond pas à la matière de la réclamation et le conflit avec l'ordre

1. *Année 1911*, p. 385.

public signalé par la cour d'Aix et dans lequel le traitement favorisé ne saurait que disparaître en effet (1).

La troisième espèce enfin est relative au règlement de la succession d'un étranger par l'autorité consulaire.

La Cour d'Aix a jugé le 9 juillet 1903, dans une affaire *Georges Marrasch* contre *Marianna Marrasch V^{re} Halib Ghadban*, que le traité franco-turc du 25 juin 1802, qui stipule le traitement de la nation la plus favorisée sous son article 9, ne saurait donner qualité aux consuls de Turquie pour recevoir l'intégralité de la succession d'un sujet ottoman et la répartir selon la loi ottomane, et ce par extension des droits accordés en pareille matière aux consuls d'Italie et de Russie (2).

La solution paraît en elle-même assez discutable ; mais l'arrêt nous paraît fort sagement et très suffisamment motivé par la référence qu'il se contente de donner à une dépêche du garde des Sceaux au procureur général en date du 3 avril 1903, dépêche dans laquelle le gouvernement affirme l'inefficacité du traitement favorisé en l'espèce, et derrière l'autorité de laquelle la Cour s'est retranchée.

On peut citer encore sur cette matière spéciale deux décisions étrangères. Toutes deux se fondent

1. Cf. *supra*, p. 72.

2. D. 1905. 2. 73.

sur la portée du traitement favorisé déterminée d'après les termes de sa stipulation et l'ensemble des circonstances. L'une (1) rejette la prétention du demandeur ; l'autre (2), au contraire, accueille la réclamation du consul.

III. — COMPÉTENCE ET EXÉCUTION DES JUGEMENTS

Nous examinerons sous ce chapitre trois questions sur lesquelles la jurisprudence s'est prononcée en sens divers :

- 1^o L'attribution de compétence proprement dite ;
- 2^o La compétence consulaire ;
- 3^o Le *cautio judicatum solvi*.

1^o Attribution de compétence.

Doctrine (3). — M. Malapert soutient l'inefficacité de notre stipulation en pareille matière. Il s'appuie pour cela sur l'argument tiré de la réciprocité qu'exige l'article 11 du Code civil.

1. Cour d'appel de Bucarest, 9 mai 1901. *Succession Collaro*. Clunet, 1903, p. 927.

2. Cour suprême de Massachusetts, 1906. *Wyman contre Mac Evoy*. Clunet, 1908, p. 683.

3. Article de M. Malapert, *Gaz. des Tribunaux*, 2 août 1888. — A. Pillet, *les Conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*. Paris, 1913. Lib. Sirey, p. 140 sq.

M. Pillet, au contraire, paraît admettre que la clause devra procurer en tout état de cause aux ressortissants du pays assuré, le traitement de la nation la plus favorisée.

L'opinion de M. Pillet nous paraît trop large : elle néglige trop, à notre sens, les limitations de la portée de notre clause que doit fixer l'interprétation de la lettre de la stipulation, limitations sur l'importance desquelles on ne saurait trop insister.

Quant à l'opinion de M. Malapert, elle nous semble tout à fait inadmissible.

L'article 11 du Code civil regarde uniquement la jouissance de droits proprement dite, et les questions de compétence appartiennent bien plutôt au domaine des conflits de lois.

Notre sentiment est le suivant :

Sous sa forme spécialisée aux matières économiques et commerciales, la clause doit avoir pour effet d'étendre aux commerçants sujets du pays assuré le bénéfice des règles de compétence favorables. Mais seulement dans les litiges portant sur des intérêts commerciaux, et dans la mesure où cette extension paraîtra nécessaire pour épargner aux agents du commerce assuré l'infériorité qui résulterait pour eux d'un traitement moins favorable en matière judiciaire. Les privilèges de compétence sont en effet

historiquement et logiquement connexes à l'exercice du commerce (1).

Sous sa forme spécialisée aux matières d'ordre privé, l'extension devra se faire en toute hypothèse, sous réserve bien entendu de l'existence actuelle des conditions et circonstances générales que nous indiquons plus haut dans notre exposé théorique (2).

Cela dit, abordons l'étude de la jurisprudence.

Relativement aux droits privés non connexes à l'exercice du commerce, nous ne pouvons guère eiter qu'une espèce :

La Cour d'Alger a jugé le 16 mai 1888 (*Schwarz* contre *Schwarz*), que le traitement favorisé stipulé sous l'article 11 du traité de Francfort (France-Allemagne 10 mai 1871) ne saurait imposer « à des Allemands qui la repoussent, la compétence des tribunaux français dans le jugement des questions d'état ».

Nous approuvons pleinement cette solution d'autant que, malgré la généralité de ses termes, l'article 11 du traité de Francfort nous semble inapplicable aux matières de droit privé (3).

Nous rencontrons, au contraire, de nombreuses décisions relatives aux droits privés, dont la con-

1. Cf. *supra*, p. 34 et p. 92.

2. Cf. chap. III.

3. En ce sens, cf. note Clunet sous Com. Seine, 9 mars 1888 — Clunet, 1888, p. 784.

nexité à l'exercice du commerce nous paraît indiscutable.

Toutes les décisions qui résolvent négativement la question de l'applicabilité de notre clause (1) sont motivées par ce fait, que la stipulation du traité de Francfort invoquée dans les quatre espèces, ne vise que les matières commerciales et non les matières de compétence et de procédure.

Le tribunal de commerce de la Seine, dont la Cour de Paris a confirmé le jugement a, de plus, mis en avant un argument qu'il convient de signaler à titre documentaire et pour la confirmation de notre théorie que l'on pourrait trouver dans une telle doctrine.

.. Attendu, dit-il, que la clause doit s'interpréter pour les relations d'État et non pas pour le règlement des litiges entre particuliers...

Le sage commentaire d'une telle opinion qui contient, sans nul doute, une part de vérité, et la déduction logique de ses conséquences auraient dû mener le tribunal en question à donner au litige qui lui était proposé une solution opposée à celle qui lui a paru préférable.

1. Trib. du Havre, 6 mars 1878 : Assureurs contre Hagar. (*Recueil du Havre* 1878, I. 76). — Trib. de Rouen, 20 janvier 1890. Hardel... contre Oberrheinische... (*Recueil de Rouen*, 1890, I. 77). — Trib. Com. Seine, 22 octobre 1903 : Lattes-Robert fils et C^{ie}, contre Raab Karcher et C^{ie} (*Gaz. Trib.*, 7 janvier 1904). — Paris, 27 nov. 1908 : Braunkohlen Briket Verkaufsverein contre Syndicat de l'union des Briquettes. (S. 1909, II, 139).

A vrai dire, les décisions qui adoptent résolument l'affirmative (1) sont moins motivées que les premières. Elles se contentent, en effet, d'affirmer, l'une, que l'article 11 du traité de Francfort déroge à l'article 14 du Code civil; l'autre, que :

Il résulte de l'application de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les sujets allemands que ceux-ci ont le droit de se prévaloir du traité (franco suisse) du 15 juin 1869.

L'espèce *Soullet... contre Beutenberg...* est assez particulière.

Les défendeurs soulevaient l'incompétence en réclamant le traitement suisse qui leur était, disaient-ils, applicable en vertu de l'article 11 du traité de Francfort. Il ne semble pas que les demandeurs aient résisté à ce moyen; toujours est-il que le tribunal reçut l'exception. Il la reçut même si bien, qu'il en tira toutes les conséquences et, remarquant que les défendeurs avaient une succursale en France, il retint la cause, se déclarant compétent, en vertu de l'article premier *in fine* du traité franco-suisse, des dispositions duquel les défendeurs réclamaient le pri-

1. Trib. Com. Saint-Étienne 20 juillet 1886 : Weill Fr. contre Hamburger. (*Recueil du Havre*, 1886, II, 260). — Trib. Com. Seine 29 mars 1888 : Soullet et Billiot contre Beutenberg et Hentsch. (*Recueil du Havre*, 1889, II, 168). — Trib. Com. Rennes, 23 oct. 1912. Letort-Labbé contre Halters Nachfolger. (*Gaz. Pal.* II, 546).

vilège. C'est là, poser la question ; mais nullement la résoudre.

Cependant, lorsqu'on se trouve comme ici, en matière commerciale, l'affirmative peut, selon nous, se soutenir par des arguments assez forts quand il résulte des faits de la cause qu'il est expédient, pour maintenir l'égalité de traitement garantie, d'appliquer à un agent du commerce du pays assuré les règles de compétence dont bénéficient les agents du commerce d'un pays tiers.

Nous avons assez copieusement développé ces arguments plus haut pour nous dispenser d'y revenir ici.

Remarquons seulement qu'aucune solution générale ne saurait être défendue : tout dépend du privilège réclamé, du traité invoqué, des conséquences de fait ; et chaque cas mérite un examen particulier, où l'autorité judiciaire et le Pouvoir exécutif devront étroitement collaborer.

2° *Compétence consulaire*

Il faut ici distinguer deux sortes de stipulations du traitement favorisé : les unes sont spécialisées aux privilèges consulaires et nulle difficulté ne saurait se présenter ; les consuls du pays assuré devront jouir chez le concédant des privilèges dont jouissent les consuls du pays le plus favorisé. Sur ce point, qui

ressortit au demeurant bien plus au droit public qu'au droit privé, nous ne possédons pas de jurisprudence.

Les autres stipulations sont, soit générales, soit spécialisées à une matière quelconque.

La question de leur efficacité en matière privée peut se poser encore assez fréquemment et nous possédons à défaut de doctrine, un arrêt de la Cour de Cassation qui la résoud dans une affaire *Ahmed et Taher Ben Ayad* contre *Banque de Tunisie* (1).

Cette décision porte que le traitement favorisé, stipulé sous l'article 3 du traité franco-tunisien du 15 novembre 1824, a pour effet d'étendre au consul de France les privilèges de compétence accordés au consul d'Angleterre par le traité anglo-tunisien du 10 octobre 1863 en matière immobilière. Cette solution nous paraît excellente, étant donné le caractère tout spécial du traité du 15 novembre 1824, la généralité des termes de l'article invoqué, et la situation politique particulière que ce traité avait pour objet d'établir entre la France et la Tunisie. Mais, en thèse générale, nous ne pouvons que préconiser ici l'application des principes d'interprétation que nous avons établis plus haut.

Si le texte invoqué est spécialisé aux matières privées, il faut accorder au consul du pays assuré la compétence dont jouirait en cette matière le consul

1. Civ., 10 juillet 1902. S. 1906, I, 437.

du pays le plus favorisé. Si le texte invoqué est spécialisé aux matières économiques et commerciales, il faudra donner au consul du pays assuré la même compétence en matière privée que celle dont jouit le consul du pays le plus favorisé, si le maintien de l'équilibre garanti paraît subordonné au respect de cette compétence.

Jurisprudence étrangère. — La Cour de Cassation de Rome a dû trancher dans une affaire *Miliadis Constantinos* contre *Miliadis Stavros*, la question de l'extension, en vertu du traitement favorisé, des privilèges de compétence des consuls (1).

Se basant sur ce que la clause de la nation la plus favorisée est considérée comme tacitement admise dans les divers traités de capitulations, la Cour dit que tout occidental peut invoquer la compétence de son consul dans les termes mêmes où l'établit l'article 5 de la capitulation autrichienne de 1718.

Remarquons, en passant, la faiblesse de l'argumentation qui, d'ailleurs, n'infirme pas le bien-fondé de la solution.

3° *Cautio judicatum solvi*

La question de l'extension de la dispense de fournir la *cautio judicatum solvi* en vertu de notre clause, est extrêmement délicate.

1. Arrêt du 9 mai 1899. Clunet, 1904, p. 151.

Nous avons indiqué plus haut que la saine application des principes paraît imposer une solution négative. Répétons ici les motifs qui nous semblent nécessiter cette solution.

Les P. C. stipulent en général la dispense de *cautio judicatum solvi* dans les traités par lesquels elles s'assurent l'exécution réciproque des jugements rendus par leurs tribunaux respectifs, et cette dispense se présente comme la conséquence logique et immédiate de cet engagement de prêter main-forte pour l'exécution du jugement.

Ce serait donc, à notre avis, exagérer la portée de l'obligation créée par la clause de la nation la plus favorisée, quelle que soit ici sa forme, que de dispenser les ressortissants du pays assuré de fournir les garanties d'une exécution qui ne garantit par ailleurs aucun engagement de l'État auquel ils appartiennent.

La jurisprudence, d'ailleurs, est quasi-unanime dans notre sens (1).

1. Trib. de Bastia, 29 avril 1873. Cordua contre Montecatini. D. 1873. 3. 79. — Trib. com. Seine, 26 juin 1896. Haupt contre Nacivet. *Le Droit*, 9 août 1896. — Trib. com. Seine, 19 sept. 1896. Machiels contre Oster. *Le Droit*, 23 octobre 1896. — Paris, 6 mai 1899. *Gaz. Pal., Tab. Quinq.*, 1897-1902. V^e Traité international, n^o 15 et sq. — Trib. com. Saint-Étienne, 13 juin 1899. Stackler contre Perrache. *Gaz. Pal.*, 1899. 2. 285. — Limoges, 29 juin 1900. Gebrüder Weiss contre Leygonie. *Pand.*, 1902. 5. 44. — Trib. Seine, 27 février 1904. Compagnie des phonographes contre Marlis *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 342.

Toutes ces décisions sont à peu près motivées de même. Elle se fondent sur ce que l'article 11 du traité de Francfort, qui est généralement la disposition invoquée, ne « vise que les traités de commerce et les relations commerciales » ou encore « le libre exercice et la sécurité réciproque des relations et transactions commerciales pour les nationaux et les agents des P. C. » et « ne vise pas les lois de procédure ».

Ces arguments nous paraissent exacts dans l'espèce ; mais nous pensons qu'ils s'appliquent mal ; car si nous nous trouvions en présence d'un traité où le traitement favorisé serait expressément stipulé relativement aux lois de procédure, nous n'en refuserions pas moins l'extension de la dispense de *cautio judicatum solvi*. "

Ce n'est pas l'application du traitement favorisé qui est ici paralysée ; mais c'est la naissance même de l'obligation qu'il crée entre les parties contractantes.

Une décision cependant adopte l'affirmative et dispense de fournir caution le ressortissant du pays assuré, c'est un jugement rendu le 10 octobre 1906 par le tribunal de Marseille dans une affaire *Ep. de Thielen contre Rambaud* (1).

1. Clunet, 1907, p. 568.

Voici comment elle est motivée :

Attendu que... il est admis que l'article 11 du traité du 18 (sic) mai 1871 entre l'Allemagne et la France donnant aux Allemands le droit d'être traités en France, en matière commerciale, comme les citoyens des nations les plus favorisées dispense les Allemands de fournir la *cautio judicatum solvi*...

L'argumentation est, on le voit, assez faible, surtout quand on remarque que cette décision isolée se réfère à un avis dont les manifestations jurisprudentielles sont inexistantes.

IV. — PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ ARTISTIQUE ET LITTÉRAIRE

Cette protection ne peut guère être réservée qu'aux ressortissants des pays qui ont stipulé le traitement favorisé sous une forme expressément spécialisée à cette matière.

Dans ce cas aucune discussion ne peut s'élever et la jurisprudence n'a jamais contesté à notre connaissance le droit des ressortissants du pays assuré.

Citons un jugement rendu le 3 août 1880 par le tribunal civil de Bruxelles dans une affaire *Verdi Nutter et du Locle contre Stourmon Calabresi et Escudier* (1) dont les attendus sont très nets et

1. S., 1881.4. 11.

F. Hepp

expriment bien l'étroitesse de l'obligation qui lie le pays concédant au profit de l'assuré.

Attendu que l'article 1^{er} § 4 de la Convention (du 1^{er} mai 1861) attribue directement aux citoyens français et de plein droit le bénéfice de tout privilège ou avantage que la Belgique admettrait en faveur d'un pays étranger, que dès lors les auteurs français sont fondés à se prévaloir de semblable privilège ou de semblable avantage sans qu'il soit nécessaire que la revendication en soit faite expressément par le gouvernement français et au même titre que si la stipulation de ce privilège ou de cet avantage était inscrite dans les conventions diplomatiques entre la France et la Belgique...

Citons également sur ce sujet un arrêt de la Cour de Bruxelles du 17 mai 1880, qui nous intéresse peu pour son contenu; car il refuse d'appliquer la clause, parce que les traités dont l'assuré demandait l'extension n'établissaient pas le traitement favorable qu'il prétendait, mais qui est accompagné d'une note copieuse et importante due à M. Louis Renault (1).

V. — MATIÈRES PÉNALES

A notre connaissance, une seule décision a été rendue relativement aux matières pénales, encore est-ce une décision étrangère.

1. Cf. S. 1881. 4. 9.

Le tribunal suprême de Madrid a jugé, le 26 février 1902 (1), qu'il est impossible d'étendre les privilèges relatifs aux communications entre autorités judiciaires à un pays non signataire d'une convention spéciale, et ce en vertu du traitement favorisé.

Il se fonde sur un argument qui nous paraît manquer de valeur : « Ce serait étendre à un tiers », dit-il, « un traitement exceptionnel en vertu de la clause, ce qui est inadmissible ».

Mais c'est précisément le propre de notre stipulation que de servir à généraliser des mesures exceptionnelles et particulières pour supprimer tout traitement différentiel.

Ce n'est pas, d'ailleurs, que nous critiquions cette décision qui nous semble au contraire fort sage, mais faiblement motivée.

Selon nous, il suffirait, pour la justifier, de faire remarquer que, ni dans ses termes, ni dans son esprit, la stipulation invoquée ne peut s'appliquer à la matière toute spéciale de la justice répressive internationale.

C'est ce même raisonnement que nous appliquerons à la matière de l'extradition sur laquelle nous ne possédons pas de jurisprudence ; mais qui a été à plusieurs reprises agitée par les chancelleries.

Sauf spécialisation expresse à cette matière que

1. *Gaceta* du 14 juin 1902, ap. *Clunet*, 1903, p. 907.

rien d'ailleurs n'empêcherait de stipuler, notre clause ne saurait s'y appliquer en aucune façon.

En tout cas, son interprétation échapperait en tout état de cause au pouvoir d'interprétation des tribunaux.

Une jurisprudence constante attribuée, en effet, aux traités d'extradition, le caractère d'actes de haute administration qui ne peuvent être interprétés — donc étendus en vertu de notre clause — que par les puissances entre lesquelles ils sont intervenus (1).

1. Cassation, 27 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, I, 427. — Cassation, 1^{er} août 1908, *Gaz. Trib.*, 25 janv. 1909.

Vu : le Président de la thèse,

A. PILLET

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

RÉPERTOIRE CHRONOLOGIQUE

DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

Les chiffres renvoient aux pages.

1873. — 29 avril. Trib. de Bastia, p. 131, n. 1.
1878. — 6 mars. Trib. du Havre, p. 126, n. 1.
1880. — 17 mai. Cour de Bruxelles, p. 134.
3 août. Trib. de Bruxelles, p. 133.
1884. — 17 mai. Trib. de la Seine, p. 118.
1885. — 5 mars. Cour de Paris, p. 118.
1886. — 20 janvier. Trib. de com. de Saint-Étienne, p. 127,
n. 1.
22 juillet. Req., p. 117.
1888. — 29 mars. Trib. de com. de la Seine, p. 127, n. 1.
16 mai. Cour d'Alger, p. 125.
1889. — 13 décembre. Cour de Lyon, p. 110.
1890. — 20 janvier. Cour de Rouen, p. 126, n. 1.
1892. — 4 avril. Trib. de la Seine, p. 112.
1893. — 22 décembre. Cour de Paris, p. 110.
1895. — 14 mai. Cass. civ., p. 111.
1896. — 26 juin. Trib. de com. de la Seine, p. 131, n. 1.
19 septembre. Trib. de com. de la Seine, p. 131,
n. 1.
1899. — 6 mai. Cour de Paris, p. 131, n. 1.
13 juin. Trib. de com. de Saint-Étienne, p. 131,
n. 1.
1900. — 19 janvier. Trib. de Thonon, p. 115.

- 29 juin. Cour de Limoges, p. 131, n. 1.
10 juillet. Cour de Chambéry, p. 116.
1902. — 10 juillet. Cass. civ., p. 129.
1903. — 27 janvier. Req., p. 105, n. 1.
1904. — 24 février. Orléans, p. 120, n. 1.
27 février. Trib. de la Seine, p. 131, n. 1.
1906. — 10 octobre. Trib. de com. de Marseille, p. 132.
1908. — 27 novembre. Cour de Paris, p. 126, n. 1.
1912. — 23 octobre. Trib. de com. de Rennes, p. 127, n. 1.
-

BIBLIOGRAPHIE

N.-B. — Nous avons signalé dans cette bibliographie tous les ouvrages où l'on peut, à notre connaissance, trouver quelques renseignements utiles sur notre sujet, bien qu'il n'en ait pas été fait directement usage au cours de la présente étude.

Nous y avons également signalé certains ouvrages que nous n'avons pas utilisés, afin de grouper ici des références éparses qu'on sera peut-être heureux d'y trouver réunies.

HISTOIRE

DEPPING. — Histoire du commerce du Levant, 2 vol.

NOËL (Octave). — Histoire du commerce du monde, 2 vol.
Paris, 1891-1906.

HAUTEFEUILLE. — Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international, t. VI, I, § 3.

DARU. - Histoire de Venise. Paris, 1853.

JULLIANY. — Essai sur le commerce de Marseille, 2 vol.
Paris, 1842.

PAPON. — Histoire générale de Provence.

MAS LATRIE (de). — Traité de paix et de commerce et documents divers concernant les relations avec les Arabes.

— Mélanges historiques.

- VALFREY. — Histoire du traité de Francfort. Paris, 1874.
BOURGEOIS (Émile). — Manuel de politique étrangère, t. I.
BARRAL (comte de). — Dix ans de paix armée entre la France
et l'Angleterre (*Revue du Monde Latin*, juin 1881).

ÉCONOMIE POLITIQUE

- CAUWÈS. — Cours d'économie politique.
FUNCK-BRENTANO et DUPUIS. — Tarifs douaniers, in-8°. Paris,
1896.
GIDE. — Principes d'économie politique, 10° éd. Paris, 1906.
MALÉZIEUX. — Rapport à la Commission générale du tarif
des douanes en 1880 (*Journal des Économistes*,
février 1880).
CHEVALIER (Michel). — *Revue des Deux-Mondes*, 15 juin 1876.
MALLET (Sir Louis). — *Journal des économistes*, 15 mai 1879.
PHILIPPE (Charles). — Rapport au Congrès du Commerce et
de l'Industrie (20 juin 1906).
SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE POLITIQUE. — Compte rendu de la
séance du 5 novembre 1877. — *L'Économiste fran-
çais*, 10 novembre 1877.

DROIT PUBLIC

- FUNCK-BRENTANO et SORREL. — Précis de Droit des gens, t. I,
163 sq.
PRADIER-FODÉRÉ. — Traité de Droit international public,
t. IV. 392 sq.
DESPAGNET. — Cours de Droit international public, pp. 675-
697-719,
POINSARD. — Études de Droit international conventionnel,
in-8°. Paris, 1894, p. 392 sq.
FOIGNET. — Manuel élémentaire de Droit international,
5° édition. Paris (Arthur Rousseau).

SUR LA CLAUSE ELLE-MÊME

FRANCE

- VISSER. — La Clause de la nation la plus favorisée (*Revue de Droit international*, 1902, pp. 66-159-270).
- LEHR. — La Clause de la nation la plus favorisée et la persistance de ses effets (*Revue de Droit international*, 1893, p. 313).
- LOUIS BONNET. — La Clause de la nation la plus favorisée Thèse de Grenoble, 1900.
- FARRA. — Les Effets de la clause de la nation la plus favorisée et la spécialisation des tarifs douaniers. Thèse de Paris 1910.
- GUERCHITCH. — Le Conflit douanier entre la Serbie et l'Autriche, (*Revue générale de Droit international privé*, 1907 p. 359).
- POINSARD. — Études de Droit international conventionnel, in-8°. Paris, 1894, pp. 373 et 386.
- PILLET (A.). — Le Régime international de la propriété industrielle. Paris, 1911 (Larose), pp. 141 et 258.
- Les Conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements. Paris, 1913 (Larose), p. 148 sq.

ALLEMAGNE

- SCHRAUT. — System der Handelsverträge und der Meistbegünstigung. Leipzig, 1884.
- STECK (Von). — Versuch über Handel und Schiffahrtsverträge.
- MELLE (Von). — Die Meistbegünstigungsklausel (ap. HOLTZENDORF Handbuch der Völkerrecht, III, 204-214). Hambourg, 1887 (Richter).

- FULD (D^r). — Die Tragweite der Meistbegünstigungsklausel
(*Zeitschrift für international Privatrecht und Strafrecht*,
1899, p. 361).
- GLIER. — Die Meistbegünstigungsklausel, 1 vol. in-8°. Ber-
lin, 1905 (Reimer).
- BORCHARDT. — Entwicklungschichte der Meistbegünstigung
in Handelsvertragsystem, 1906.
- CALWER. — Die Meistbegünstigung in Vereinigten Staaten
von Nordamerika. Berne, 1902.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

- HEROD. — Favored nation treatment. New-York, 1901.
- HORNBECK (Stanley K.) — The most-favored-nation clause
(*American Journal for international law* april-
july, october 1909).
- STONE (N.-J.). — Most-favored-nation relations between
Germany and United States (*North. American
Review*, 1906, p. 433).

ITALIE

- CAVARETTA (Giuseppe). — La Clausola della Nazione più
favorita, 1 vol. Palerme, 1906 (Reber). 2^e édit. 1911.

RÉPERTOIRES ET RECUEILS DE TRAITÉS

- DE MARTENS. — (2^e édit.).
- DUMONT.
- RYMER.
- DE CLERCQ.
- ANNALES DU COMMERCE EXTÉRIEUR, publiées par le ministère
du Commerce.
- MOORE'S DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, v^o Treaty.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux pages

- Capitulations, 29.
Cautio judicatum solvi, 71, 130 sq.
Cavaretta, 30, 33, 36.
Compétence, 123 sq.
Conflit des lois, 118.
Consuls, 122, 128.
Définitions, 11, 12.
Droits compensateurs, 79.
Extradition, 133.
Formes diverses de la clause, 19 sq.
Forme américaine ou « onéreuse »,
22, 27, 48 sq, 69 n. 1, 74 sq
Forme déterminée, 26, 84
Forme générale, 23, 85, 86.
Forme gratuite, 23.
Forme négative, 20.
Forme réciproque, 21 sq.
Forme spécialisée, 24, 85, 87, sq.
Forme unilatérale, 21.
Huvelin, 108.
Hypothèque légale de la femme,
113.
Interprétation du traité (Difficul-
tés d'), 55 sq.
Jordan, 79 n. 1, 91 n. 1.
Jouissance de droits, 103.
Lehr, 70.
Libre accès des tribunaux, 117.
Lyon-Caen, 52 n. 1, 99 n. 1, 111 sq.
Malapert, 106. n. 1, 123.
Marseille, 30, 33.
Ministère public (Communica-
tions du), 98, 122.
Pénal (Droit), 134.
Pillet, 65, 70, 113 sq, 123, n. 4, 124.
Prélèvement (Droit de), 120.
Propriété artistique littéraire, 133.
Rôle moderne de la clause, 53 sq.
Sociétés commerciales, 108.
Succession, 122.
Terminologie, 13.
Testament, 120.
Thaller, 108.
Traité des Pyrénées, 37.
Traité d'Utrecht, 44.
Traité dit « Pacte de Famille »,
39, 61, 78.
Traité d'Eden, 45 sq.
Union (en général et conven-
tions d'), 70.
Venise, 29, 33.
-

Imp. Jouve et C^{ie}, 15, rue Racine, Paris — 2359-13
